



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

LUCAS FREDERICO FERREIRA PEREIRA DE PAIVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA REPARAÇÃO DE DANOS
CAUSADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS**

Brasília, DF

2018

LUCAS FREDERICO FERREIRA PEREIRA DE PAIVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA REPARAÇÃO DE DANOS
CAUSADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: MSc. Carlos Orlando Pinto

Brasília, DF

2018

LUCAS FREDERICO FERREIRA PEREIRA DE PAIVA

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NOS CASOS DE IRREGULARIDADES EM
CONCURSOS PÚBLICOS**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito
pelo Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Brasília, DF, 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Carlos Orlando Pinto (Orientador)

Prof.

Prof.

RESUMO

Visando fazer uma análise jurídica, sob a perspectiva do Direito Administrativo acerca da responsabilidade civil do Estado nos casos em que há danos causados na elaboração de concursos públicos por partes das bancas examinadoras contratadas, este trabalho, através da análise de julgados prolatados pelas cortes brasileiras e pelas notícias veiculadas, tem por finalidade demonstrar a existência de danos, tanto de natureza patrimonial como extrapatrimonial aos candidatos a concursos e como a Administração Pública deve se responsabilizar. No primeiro capítulo será demonstrado casos concretos de danos ocorridos na elaboração de concursos por meio de precedentes; já em seguida serão abordados os critérios de contratação das bancas examinadoras e como tal questão influencia na responsabilidade do ente contratante. Por fim, tal discussão chega ao seu âmago, o qual é analisado a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público em razão da sua omissão no dever jurídico de cuidado em relação a fiscalização e escolha da instituição realizadora do certame público.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Responsabilidade Civil. Concurso Público. Banca Examinadora. Reparação de Danos. Fraude em Concursos Públicos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1. AS IRREGULARIDADES NA ELABORAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS FRENTE A OMISSÃO E DISCRICIONARIEDADE ESTATAIS.....	08
1.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	08
1.2 AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE O CONCURSO PÚBLICO CONSTITUCIONAL, O PROCESSO SELETIVO SIMPLES E A SELEÇÃO DE ESTÁGIO.....	11
1.2.1 O CONCURSO PÚBLICO CONSTITUCIONAL.....	11
1.2.2 O PROCESSO SELETIVO SIMPLES E SELEÇÃO DE ESTÁGIO.....	12
1.3 AS IRREGULARIDADES VISÍVEIS POR MEIO DE PRECEDENTES.....	13
1.3.1 OS DANOS DECORRENTES DA ANULAÇÃO DE CONCURSO.....	13
1.3.2. OS DANOS DECORRENTES DE ERROS MATERIAIS EM EDITAIS E EM PROVAS OBJETIVAS.....	15
1.3.3 A REPETIÇÃO DE QUESTÕES E TEMAS NÃO COBRADOS.....	20
1.3.4. OS DANOS CAUSADOS PELAS FRAUDES PERPETRADAS EM CONCURSO PÚBLICO.....	21
2. AS BANCAS EXAMINADORAS E O REGIME DE CONTRATAÇÃO.....	30
2.1 A CONTRATAÇÃO POR DISPENSA.....	30
2.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA BANCA.....	36
3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	39
3.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	39
3.2 ANALOGIA DAS FORMAS DE RESPONSABILIDADE INCIDENTES EM OUTROS INSTITUTOS.....	42
3.3 VIA PROCESSUAL ADEQUADA E SUA DINÂMICA.....	49
3.4 POSSÍVEIS MECANISMOS DE PREVENÇÃO.....	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

Hoje existem diversas disparidades que acarretam prejuízos aos candidatos às vagas em concursos públicos, pois muitas bancas examinadoras contratadas pelo Estado para realização de certames cometem irregularidades que diversas vezes ficam sem punição por não haver responsabilidade do ente público em tais ocasiões, e hoje, não há previsão legal, nem jurisprudencial de responsabilidade subsidiária do ente estatal nesse sentido.

Devido ao grande número de candidatos que buscam uma vaga no serviço público, na atualidade, cada vez mais se mostra necessário o implemento de mecanismos que visem coibir disparidades na realização de certames, garantindo assim, uma maior segurança jurídica para sociedade e a certeza de que existe um procedimento probo e justo. A presente pesquisa é destinada a contribuir com os acadêmicos que se interessam pelo instituto da responsabilidade civil concernente aos entes públicos e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público e queiram refletir acerca das lacunas existentes em tal instituto.

Visando, portanto, combater tais condutas danosas da Administração Pública, diante de tais disparidades, mostra-se necessário o estudo e a discussão do tema para o operador do direito como forma de melhor entendê-la no caso concreto auferindo melhores resultados na busca da tutela jurisdicional dos particulares frente ao Estado.

A presente pesquisa tem por base a análise de informativos e entendimentos jurisprudenciais exarados pelas cortes brasileiras, trazendo ao corpo da pesquisa diversas situações fáticas e concretas para a melhor elucidação do tema, uma vez que é de grande recorrência no cenário jurídico atual.

Há ainda a análise de notícias veiculadas por jornais eletrônicos como forma de demonstrar de maneira empírica o impacto do tema suscitado nas mais diversas ocasiões em que ocorrem certames públicos ao longo do País.

Com o objetivo de investigar casos de arbitrariedades cometidas por parte das bancas examinadoras em face da omissão estatal, a metodologia de pesquisa deste trabalho a qual tem por base julgados prolatados e notícias veiculadas ao redor do país, demonstra que a delegação para realização de certames a bancas examinadoras pode ser falha, o que demandaria um procedimento mais rígido e a criação de normas regulamentadoras eficazes no que concerne a lesão sofrida pelo candidato.

Conceituar quais são as condutas causadoras de danos diante de tais ocorrências e provar que estas podem se dar das mais diversas formas, chegando até o nível

de ilegalidade tal como é o caso da omissão diante das fraudes perpetradas por grupos organizados em concursos públicos, é desafiador.

A abordagem da discricionariedade administrativa inserida em uma relação vertical que coloca, muitas das vezes, os candidatos as vagas em concurso em situação de vulnerabilidade, através de cláusulas legais decorrentes de critérios de conveniência e oportunidade que restringem a participação da coletividade ferindo princípios como o da impessoalidade, é outro ponto a ser discutido no que tange a responsabilização estatal.

Haverá também, a investigação da natureza dos serviços prestados pela banca examinadora, e como se dá a sua relação contratual com o Estado e a análise equiparada com os demais ramos do direito, acerca da responsabilidade, pontos que serão abordados para uma melhor elucidação do tema.

Por fim, como objetivo primordial, a presente pesquisa tem por escopo demonstrar qual modalidade de responsabilidade, seria mais efetiva no ressarcimento do ente para com o cidadão em razão da culpa evidente na prática de tais condutas causadoras de danos oriundas de atos da Administração Pública.

1. AS IRREGULARIDADES NA ELABORAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS FRENTE A OMISSÃO E A DISCRICIONARIEDADE ESTATAIS

1.1 Considerações introdutórias

O instituto da responsabilidade civil do Estado, tem como pressuposto a sua atuação comissiva ou omissiva geradora de prejuízo para o administrado, cujas bases legais são predominantemente arraigadas no diploma constitucional e no conjunto de entendimento jurisprudencial exarado recorrentemente pelo Poder Judiciário brasileiro.

Decorrente de uma evolução histórica que remonta aspectos importantes na atuação estatal contemporânea, o modelo de responsabilidade em regra é objetivo, uma vez que diferido da modalidade subjetiva, independe de elementos como dolo e culpa, se atendo somente ao ato, o nexo de causalidade e o resultado danoso, admitindo excludentes previstas em lei.

José Dos Santos Carvalho Filho, diz o seguinte:

“Das doutrinas civilistas e após a teoria da culpa no serviço, o direito dos povos modernos passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Essa forma de responsabilidade dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso. Por isso, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano”. (FILHO, 2014, p. 556)

Dispensar o elemento culposo foi um passo importante na evolução da teoria subjetiva para teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que diminui a dificuldade de se provar que o cidadão lesado tem direito a reparação diante dos atos estatais.

Adotou-se a teoria do risco administrativo para essa forma de responsabilidade objetiva, onde o Estado assume o risco diante de suas inúmeras atuações na sociedade, somente se eximindo se houver excludentes, tais como, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior e ato exclusivo de terceiro.

Sobre tal teoria Alexandre Santos de Aragão, dispõe da seguinte maneira:

“A adoção da teoria do risco em relação à Administração Pública possui, pela natureza desta de *res publicae*, peculiaridades. Isso se explica pela circunstância de que a responsabilidade da Administração Pública é sustentada pelos cidadãos – através do sistema fiscal -, que arcam com os ônus. Desta forma, a questão de fundo que habitualmente envolve a responsabilidade civil (quando individualizar se deve atribuir os custos de uma ação a quem provocou o dano, e não a quem sofreu) tem o

risco de na nossa seara possuir conotação de todo diversa: trata-se, com efeito, de estabelecer até quando o sacrifício sofrido por um sujeito em virtude de uma atuação da Administração Pública deve permanecer consigo mesmo, e quando, ao revés, deve gravar a Administração e, assim, em última análise, a coletividade como um todo”. (ARAGÃO, 2013, pp. 575-576)

Logo, como consequência da prestação de serviços públicos, pode haver a incidência da responsabilização do Estado frente uma conduta abusiva e danosa que cause prejuízo ao particular.

O mecanismo processual mais adequado, para se ver ressarcido diante tais eventualidades, é a ação de indenização por danos materiais e/ou morais que deve ser ajuizada contra o ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quando a ação advir de órgão integrante da Administração Direta, e caso seja oriunda de atos praticados por pessoas jurídicas de direito público pertencentes a Administração Indireta, no caso autarquias e fundações públicas, essas devem figurar no polo passivo da relação litigiosa, em razão do ordenamento jurídico adotar a Teoria da Imputação Volitiva do Órgão, que tem como idealizador o jurista alemão Otto Gierke. Sobre tal teoria Carvalho Filho dispõe da seguinte maneira:

“Por inspiração do jurista alemão OTTO GIERKE, foi instituída a teoria do órgão, e segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes. A característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence.” (FILHO, 2014, p. 13)

Tal teoria, como bem ilustrado pelo autor, visa responsabilizar o órgão em razão da conduta praticada pelos agentes integrantes da sua estrutura, o que é de suma importância para a temática aqui tratada, em razão do dano ser causado por condutas comissivas ou omissivas dos agentes integrantes sejam do órgão ou da banca examinadora contratada.

A responsabilidade do Estado, muito se difere da responsabilidade no âmbito privado, uma vez que essa se baseia em postulados como o *pacta sunt servanda* e da livre iniciativa, que tem um caráter contratual, isto é, de convenção, já aquela se baseia nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, na extracontratualidade, vislumbrando-se assim a unilateralidade muitas vezes presente nos atos administrativos, principalmente naqueles concernentes a prestação de serviços públicos.

Em síntese a responsabilidade é marcada por uma relação vertical, mas equilibrada, pois a mesma assegura à sociedade instrumentos de coibição contra a má prestação de serviços públicos, no entanto, ao mesmo tempo admite formas de exoneração por parte do Estado em arcar com supervenientes danos sofridos pelo particular, em razão do risco não ser integral, contemplando formas de exclusão preceituadas pela doutrina.

Dessa forma, devido à dinamicidade da matéria, diversos têm sido os entendimentos jurisprudenciais sobre a responsabilidade administrativa, que diversas vezes não refletem de uma maneira justa, a aplicação do presente instituto consequente da atuação do estado.

Nas relações litigiosas decorrentes de tais acontecimentos, a discussão é extensa. A questão, diz respeito à responsabilidade civil do Estado, na sua modalidade subsidiária, pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais eventualmente infligidos a candidatos em concursos públicos, sendo os mais comuns os concernentes às despesas de inscrição e de deslocamento para cidades diversas daquelas em que mantenham domicílio e quando os exames são cancelados por ato da própria Administração Pública em virtude da existência de indícios de fraude no certame, entre outros abusos. Pois como prescreve o art. 37 § 6º da CF:

“Art.37. §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (BRASIL, 1988)

No mesmo diploma constitucional, o artigo 175, *caput*, inciso I, dispõe:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, **diretamente** ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos.**

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão” (BRASIL,1988, grifo nosso).

Tal artigo supracitado se refere a figura da concessão e da permissão de serviços públicos, que muito se difere ao contrato de prestação de serviços realizado entre o Estado e as instituições responsáveis pela realização do concurso público, mas o que chama a atenção é o termo “prestação de serviços públicos” e a possibilidade do Poder Público realizá-la de maneira direta, o que tem grande implicação com o assunto a ser tratado mais a frente,

no que tange a natureza dos serviços prestados pela banca e a possibilidade do ente público realizar concurso público sem intermédio de outra instituição.

Seria então cabível a responsabilidade subsidiária do ente público contratante no caso de a banca examinadora não arcar com as devidas indenizações quando condenada? Seria inaplicável o art. 37, § 6º, da Constituição Federal em virtude de culpa exclusiva da vítima, uma vez que teria deixado de ler comunicado posto na Internet, o que lhe teria evitado as despesas? Não haveria nenhum tipo de responsabilidade primária da banca por não ser a instituição contratada para a realização do certame, prestadora de serviços que atende o interesse público primário, o que também afastaria por analogia a incidência do art. 175 da Carta de 1988?

Nesse sentido, acreditamos que ao problematizar esse tema chegaremos à conclusão da necessidade de se admitir a responsabilidade subsidiária do Estado, caso seja demonstrada a culpa deste na escolha da empresa prestadora de serviço e na deficiência da fiscalização da atividade.

1.2 As principais diferenças entre o concurso público constitucional, o processo seletivo simples e a seleção de estágio.

1.2.1 O concurso público constitucional

Antes de adentrar a amplitude das condutas danosas, cumpre destacar a diferença entre concurso público, processo seletivo simplificado e seleção de estágio. O primeiro tem sua base na Carta Magna, no seu art. 37, inciso II que assim dispõe:

“Art. 37º, II. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.” (BRASIL, 1988)

De acordo com Matheus Carvalho

“o requisito básico para garantia de impessoalidade, moralidade e isonomia no acesso a cargos públicos é a realização de concurso público, de provas ou de provas e títulos, uma vez que os critérios de seleção são objetivos, não se admitindo quaisquer espécies de favoritismos ou discriminações indevidas.” (CARVALHO, 2017, p.795).

Conforme ensina Gustavo Scatolino e João Trindade

“a nomeação para cargos efetivos (isolados ou de carreira) deve ser necessariamente precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos, sob pena de nulidade do ato de nomeação e punição da autoridade responsável nos termos da lei. Perceba que o concurso poderá ser de provas ou de provas e títulos.” (SCATOLINO; TRINDADE, 2017, p.415).

Portanto, o concurso público serve de instrumento de aplicação dos princípios da impessoalidade e da publicidade, sendo que propicia o acesso à sociedade para concorrer a cargos existentes no setor público de forma justa e sem favorecimentos pessoais, por meio de editais que garantem ampla informação e participação de quaisquer interessados na realização do certame.

1.2.2 O processo seletivo simples e a seleção de estágio

Já o processo seletivo simplificado se dá na hipótese do inciso IX do artigo retro transcrito, que dispõe acerca dos casos de contratação por tempo determinado em situações excepcionais de urgência de evidente interesse público, o qual poderá dispensar as complexidades formais inerentes ao processo formador do certame público, o que muito se difere do processo de seleção para estagiários pois este não tem a finalidade de prover cargos públicos e nem de atender contingências, mas sim de fomentar o aprendizado no ensino superior oferecendo vagas a estudantes de graduação para que tenham experiências práticas na seara pública, e tais relações são regidas pela Lei nº 11.788, também chamada de Lei do Estágio. Ao discorrer sobre o tema Henrique Correia:

“Estágio tem por finalidade complementar a formação do estudante por meio de atividades práticas. Desse modo, o estudante tem a possibilidade de concretizar os ensinamentos teóricos recebidos na instituição de ensino, preparando-se para o ingresso no mercado de trabalho.” (CORREIA, 2018, p.305).

Esclarecidas tais diferenças é necessário discorrer acerca das condutas danosas tão recorrentes na realização de concursos ao redor do país, pois não é de hoje notícias veiculadas pela mídia, relatando situações de fraudes, cancelamentos repentinos de prova, e mudança de datas sem qualquer fundamentação por parte das bancas examinadoras, entre outras questões sendo as mais frequentes as que veremos a seguir.

1.3 As irregularidades visíveis por meio de precedentes

1.3.1 Os danos decorrentes da anulação de concurso

A anulação de um concurso afeta a vida de uma gama de pessoas, seja os candidatos aprovados, seja da própria pessoa jurídica contratante interessada no provimento dos cargos vagos provenientes da sua estrutura, embora a lesão sofrida seja maior para aqueles que tanto se dedicaram para obter a sua aprovação.

Vejamos os seguintes casos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCURSO PÚBLICO ANULADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Invalidado o concurso público. Dispendio com materiais e aulas contratas para estudo. Prejuízo não indenizado. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. Considera-se prejuízo extrapatrimonial a ocorrência de alterações psíquicas ou lesão à parte social ou afetiva do patrimônio moral da pessoa. A anulação de concurso, por si só, não resulta em dano moral *in re ipsa*. Inexistência de causa ao direito de reparação. Precedentes da jurisprudência deste Tribunal.” (BRASIL, 2013)

E ainda no mesmo sentido entendeu a Segunda Turma Recursal Cível:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DO TRE/RS. As regras impostas no edital do concurso do TRE/RS não exigiam a frequência dos candidatos em cursos preparatórios. Frequentar aulas, adquirir conhecimento e preparar-se para prestar as provas não são condição de inscrição, tampouco asseguram a aprovação no certame. **A participação em cursos de tal natureza é mera liberalidade do candidato que busca, através do conhecimento adquirido, obter sucesso na prova de seleção, mas não é garantia de resultado. O desapontamento com a anulação do concurso não fere atributo da personalidade de quem compareceu aos locais designados e fez as provas, não ocorrendo violação aos direitos de personalidade da autora.** Possibilidade de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais afastada. Sentença mantida por seus próprios fundamentos nos termos do art. 46 da Lei nº 9.099/95. RECURSO DESPROVIDO.” (BRASIL, 2010, grifo nosso)

Nesses casos, pode-se vislumbrar o não reconhecimento de dano moral pelo Tribunal Gaúcho, o que não merece concordância uma vez que pelo fato do candidato ter dispendido recursos para o preparo da prova, significa que havia gerado uma expectativa de êxito devido ao alto grau de preparação, o que foi frustrado pela anulação da prova, o que causaria um dano extrapatrimonial no indivíduo.

Dano extrapatrimonial, como o próprio nome sugere extrapola o que se restringiria a própria esfera física do bem, lesando o bem intangível do sujeito tal como seria a perturbação do seu psicológico devido ao descontentamento exacerbado com a situação, sendo assim evidente o dano moral.

Assim aduz Carlos Roberto Gonçalves:

“[...] Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos de personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.” (GONÇALVES, 2016, p. 231)

Ora a ocorrência de dano na esfera moral, pressupõe uma série de violações de cunho não patrimonial, que isoladas ou cumulativamente danificam o estado de ânimo da pessoa, e como disse o ilustre autor a tristeza é uma delas, e que evidentemente é uma das consequências de quem tanto estudou e investiu no seu tempo de preparo para a tão aguardada prova ser anulada por erros que tanto podem ser cometidos pela banca examinadora ou pelo ente público contratante.

Agora vejamos esse caso também decidido pela Corte do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. REPARAÇÃO DOS DANOS. DANO MATERIAL CONFIGURADO. DEVOLUÇÃO DA TAXA DE INSCRIÇÃO. Demonstrada a irregularidade no concurso público promovido pelo município réu que culminou com a anulação do certame, impõe-se o dever de reparação à devolução da despesa com a inscrição no certame. DANOS MORAIS. NÃO RECONHECIMENTO. **Hipótese dos autos em que os transtornos decorrentes da anulação do concurso público não autorizam a condenação por dano moral. Tal situação não constitui fato bastante para autorizar dever de indenizar a pretexto de ofensa a direitos da personalidade.** Os dissabores e incômodos vivenciados não constituíram nada além de percalços do cotidiano, insuscetível de recomposição de dano extrapatrimonial. À UNANIMIDADE. NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.” (BRASIL, 2012, grifo nosso)

Nesse caso, a Corte Gaúcha entendeu que devido à irregularidade na elaboração do certame seria devido a devolução da taxa de inscrição ao candidato, pois se configurou o dano material, entretanto entendeu novamente não ocorrer o dano moral, em razão de ser um dissabor que é mero percalço do cotidiano. Reconhecer que deve haver a devolução do valor gasto com a taxa de inscrição já é um avanço, mas para reconhecer a devolução de todo o valor gasto no decorrer da preparação e também a indenização a título de

dano moral nas transcritas situações é preciso dar alguns passos na visão acerca de tais casos envolvendo as anulações em concurso público.

A Corte Paranaense já deu grandes passos se manifestando no seguinte caso:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LICITUDE. OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO (MAIORIA). Em que pese a licitude da anulação do concurso pela administração municipal, a responsabilização por eventuais danos que tal conduta administrativa cause a terceiros é inerente, tendo em vista o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. **Restou evidente a ocorrência de dano moral, pois o fato do apelante ter perdido seu emprego em decorrência da anulação do concurso, causou enorme transtorno em sua vida, tanto de ordem patrimonial como extrapatrimonial, pois foi subitamente surpreendido com a mencionada anulação**” (BRASIL, 2006, grifo nosso).

A referida Corte não poderia ter decidido melhor, uma vez que essa é a realidade de muitos brasileiros que abdicam de seus empregos na seara privada e dispendem tempo e recursos para concorrer a uma vaga no serviço público. Ora aqui houve o entendimento de que tal situação ultrapassa, o que seria um mero “dissabor cotidiano”. Não há de se concordar com a afirmação de que a participação em cursos preparatórios, isto é, os popularmente chamados de “cursinhos” são tão somente simples liberalidades do candidato, porque cada vez mais por conta da elevada concorrência, editais tem em seu bojo conteúdos mais extensos e complexos que demandam um conhecimento mais aprofundado, o que leva uma gama de pessoas a buscar ajuda especializada de professores nos referidos cursos, sem falar nos livros e vídeo aulas de alto custo. Portanto, não parece ser razoável a afirmativa de ser uma mera liberalidade, sendo que os candidatos são levados, de maneira forçosa, a esses caminhos

1.3.2. Os danos decorrentes de erros materiais em editais e em provas objetivas

É recorrente a insatisfação de candidatos com a aplicação de provas objetivas e discursivas, seja pelo fato de haver erros grotescos na redação das mesmas, seja por falta de displicência dos fiscais de sala ou até mesmo pela falta de organização da banca examinadora. Embora de início, ao pensar que um erro material pelo fato de ser, em tese, uma simples irregularidade, poderia ser facilmente convalidado pela Administração Pública, este pode causar uma série de lesões ao candidato como poderemos extrair dos seguintes julgados.

Inicialmente, vejamos o entendimento do Tribunal de Minas Gerais:

“APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - CONCURSO PÚBLICO - CADERNO DE PROVA EQUIVOCADO - INDUÇÃO DO CANDIDATO A ERRO - DADOS ERRÔNEOS DO CARTÃO DE INFORMAÇÃO - CULPA CONCORRENTE - REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA - LEI FEDERAL N. 11.960/09.

- **Comprovado que equivocado o horário de aplicação da prova constante do cartão de informação, é inegável que o candidato foi induzido a erro, impondo-se, por conseguinte, o dever de indenizar, visto que o mesmo não pode ser prejudicado por falha da Administração e seus prepostos.**

- **Demonstrado que concorrente a culpa do candidato, eis que, de fato, o mesmo não se diligenciara a conferir se o caderno de prova correspondia ao cargo para o qual se inscrevera, cabível a redução do quantum indenizatório a título de danos morais.**

- A correção monetária e os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública, devem observar a modificação do texto do art. 1º-F da Lei Federal n. 9.494/97 pela Lei Federal n. 11.960/09, notadamente quando a demanda é proposta após 29/06/2009, data de vigência deste último diploma legal.

- Recursos de apelação parcialmente providos.” (BRASIL,2013, grifo nosso)”

A ementa acima transcrita trata de erro material na realização de concurso de vigia na cidade de Governador Valadares, o qual um candidato iria concorrer ao cargo cujo nível de escolaridade é o ensino fundamental incompleto. No que diz respeito ao caso retro citado, segue um trecho do seu acórdão prolatado

“ [...] Trata-se de ação de restituição c/c reparação por dano moral ajuizada por Antônio Carlos Nunes Murta em face do Município de Governador Valadares e da FUMARC - Fundação Mariana Resende Costa, em que pleiteia o ressarcimento da quantia de R\$20,00 (vinte reais) referente à taxa de inscrição, bem como indenização por danos morais.

Alega que se inscreveu em concurso público para o cargo de vigia, ensino fundamental incompleto (Edital n. 01/2009), e compareceu ao local de prova, com a antecedência de 60 minutos e munido de toda a documentação, mas foi proibido de realizar a prova, sob o argumento de que seu nome não constava da lista de candidatos. Narra que nervoso e ansioso, com a ajuda da sua filha, que também realizaria a prova no mesmo local, procurou o coordenador do certame, sendo, no entanto, tratado com descaso, respostas evasivas e irônicas e pedidos de espera.

Relata que, depois de muito esperar, foi encaminhado ao final da sala, sob olhares descrentes, sendo-lhe entregue, erroneamente, uma prova de nível médio, não obstante possuir apenas o ensino fundamental incompleto. Esclarece que, em razão da pressão psicológica, não se atentou para o equívoco e só ao final, quando reencontrou sua filha, constatou que havia feito a mesma prova que os candidatos que se inscreveram para o ensino médio. Mais uma vez, ele e sua filha procuraram o coordenador do certame, sendo novamente tratado com descaso, razão pela qual solicitou a presença de um policial militar para que fosse lavrado boletim de ocorrência.

Em virtude da aflição, aborrecimento e ansiedade causados por todo o transtorno que antecederia a realização da prova, bem como por não ter participado do certame de forma isonômica, pugna pelo pagamento de indenização. **Devidamente citada, a FUMARC apresenta contestação e aduz preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, eis que mera executora, sendo o certame, na verdade, de responsabilidade do Município de Governador Valadares. No mérito, sustenta que apenas seguiu as regras previstas no edital para aplicação da prova e que fora o autor quem se equivocara, não se dirigindo para o local**

correto. Esclarece que o requerente pretendeu ingressar numa sala diversa da que estaria destinada para o seu código de inscrição e foi orientado, educadamente, pelo fiscal da sala, a procurar a sala correta e aduz que não pode, portanto, ser culpada pelo seu descontrole emocional. Explica que ao se encaminhar para a sala correta, o requerente foi instalado no final da sala, porque chegara depois dos demais candidatos, não havendo, nisso, qualquer situação vexatória ou humilhante, e que a prova foi entregue de maneira simultânea para todos os candidatos, de acordo com o horário previsto pela coordenação do certame. Defende que de responsabilidade do candidato a inscrição e escolha do cargo pretendido, bem como a conferir o caderno de prova recebido. Em síntese, alega a inexistência de dano a ensejar a reparação buscada.

Ao seu turno, a Municipalidade aduz, em defesa, a impossibilidade jurídica do pedido de restituição da taxa de inscrição, previsto, nos termos do item 4.2.16 do Edital n. 01/2009, apenas para os casos de pagamento em duplicidade, cancelamento, suspensão ou não realização do concurso e, ainda, a inépcia da inicial em relação ao pedido de dano moral face à absoluta ausência de causa petendi. No mérito, assevera que todo o nervosismo, ansiedade e desgosto causados são oriundos de culpa exclusiva do requerente, que não estava atento às normas editalícias. Alega a inexistência de nexo de causalidade a ensejar a responsabilidade objetiva do Poder Público e, ainda, a inexistência de dano moral. **O MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido inicial e condenou os réus ao pagamento de danos morais no valor de R\$6.000,00 (seis mil reais) e a restituírem a taxa de inscrição no valor de R\$20,00 (vinte reais), acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a contar da última citação e correção monetária pelos índices da Corregedoria de Justiça.” (BRASIL,2013)**

Ora, é possível detectar no presente relatório uma série de questões que até ultrapassam o que seria uma irregularidade, e se torna um verdadeiro abuso. A começar pelo fato do candidato que seguiu o procedimento padrão de muitas bancas de chegar 60 minutos antes do horário da prova, ser surpreendido com a ausência do seu nome na lista de inscritos e ainda ao procurar ajuda foi tratado de forma ríspida e irônica pelo coordenador da banca, o que lhe causaria enorme desconforto, e posteriormente a prova que realizou não era a do cargo para o qual havia se inscrito. Aqui temos uma sucessão de atos lesivos a honra e a dignidade do candidato, que configura sem dúvida nenhuma, danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais, tanto que em primeira instância foi fixado o *quantum* de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e ainda condenou os réus à devolução da taxa de inscrição.

Ocorre que ao recorrer da decisão, a Fundação Mariana Resende Costa, a FUMARC, banca examinadora responsável pelas irregularidades, teve sua irresignação parcialmente acolhida, pois o Tribunal Mineiro acolheu a tese da Culpa Concorrente, culpa essa que nos dizeres do professor Gonçalves ocorre:

“[...] quando a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano, ambos contribuem, ao mesmo tempo, para a produção de um mesmo fato danoso. É a hipótese, para alguns de “culpas comuns”, e para outros, de “culpa concorrente”. Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do

agente, haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa. A indenização poderá ser reduzida pela metade, se a culpa da vítima corresponder a uma parcela de 50%, como também poderá ser reduzida de um quarto, dois quintos, dependendo de cada caso” (GONÇALVES, 2016, p.190)

O Tribunal reafirmou o fato de que o horário constante no cartão de informação, induziu o candidato a erro, mas minorou o valor indenizatório ao entender que o candidato concorreu com culpa ao não ter as devidas cautelas no momento de conferir se os dados presentes no cartão de prova estavam corretos. Todavia, o acolhimento de tal tese não assiste razão, pois quando um ente público como no caso o município de Governador Valadares, contrata uma banca examinadora para a realização de provas, pressupõe que aquele sim tomou as devidas diligências para contratar empresa proba e idônea para realização de serviços com eficiência. Dessa forma, entende-se não ser dever do candidato conferir todos os dados do caderno de prova, uma vez que este gozaria de presunção de confiança em razão da suposta idoneidade dos serviços prestados pela banca, porém é bem verdade que muitos editais de concurso, preveem em suas cláusulas o dever do candidato de conferir se seus dados estão corretos.

Atribuir culpa concorrente no presente caso pelo simples fato do candidato não ter conferido seu caderno de provas é a mesma coisa de dizer que um motorista concorreu para acidente causado por não ter desviado de enorme buraco em pista de rodovia pública, pois a responsável pela pavimentação das pistas é a Administração Pública da mesma maneira que a banca examinadora contratada pelo Estado é responsável pelo caderno de provas.

Outro caso que diz respeito a erros materiais é o seguinte caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. OAB. EXAME DA ORDEM. NULIDADE DE QUESTÃO PRÁTICA. EXTENÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA. decisão do stj suspendendo a liminar. 1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a sindicabilidade judicial de erro grosseiro verificado em enunciados de questões de prova de concurso público (erro material *primo ictu oculi*), notadamente porque a discricionariedade administrativa não se confunde com a arbitrariedade ou a abusividade, sendo certo que conveniência e oportunidade não são conceitos absolutamente isentos de análise Judicial.** 2. Ao apreciar a matéria nos autos da Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1930/SC, o Relator do processo no Superior Tribunal de Justiça resolveu por suspender os efeitos da antecipação da tutela recursal concedida por este Juízo no AI nº 5021962-54.2014.404.0000/SC, até o julgamento do mérito das ações. 3. Considerando a manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, não cabem maiores digressões sobre a matéria, impondo-se a manutenção da decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. 4. Agravo de instrumento improvido.” (BRASIL, 2015, grifo nosso)

Acerca da discricionariedade presente em alguns atos da Administração Carvalho Filho preleciona que:

“Nestes se defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto, apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta. Como o sentido de mérito administrativo importa essa valoração, outra não pode ser a conclusão senão de que tal figura só pode estar presente nos atos discricionários. Referida valoração de conveniência e oportunidade é que reflete o que modernamente se denomina de reserva do possível, ou seja, o conjunto de elementos que tornam possível esta ou aquela ação governamental e, por via de consequência, o que se revela inviável de ser executado pela Administração em certo momento e dentro de determinadas condições.” (CARVALHO FILHO, 2016, p.195)

A decisão transcrita traz duas questões de grande relevância, uma delas são os erros grosseiros que corriqueiramente estão presentes em enunciados de prova e outra a da discricionariedade da Administração na elaboração das mesmas, e embora o julgado se trate de caso envolvendo o exame de ordem e não propriamente de um concurso público para provimento de cargos, tais pontos do julgado se aplicam perfeitamente às situações decorrentes da aplicação de um certame. Hoje muitas bancas examinadoras se eximem da sua responsabilidade por meio de dois institutos inerentes a Administração Pública que são a discricionariedade, cujo conceito já foi anteriormente explanado, e o princípio da vinculação ao instrumento convocatório que é inerente a sistema das licitações públicas o qual nas palavras de Scatolino e Trindade:

“é procedimento vinculado não só a lei, mas também ao edital. Este é o instrumento que divulga a licitação e fixa as regras que deverão ser cumpridas, tanto pelos licitantes, como também pela própria Administração que o elaborou. Portanto ninguém poderá descumpri-lo.” (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 533)

Apesar de ser princípio que rege os procedimentos licitatórios, é amplamente aplicado em concursos públicos como forma de vincular todas as fases do certame no documento do edital, que é popularmente chamado de “lei do concurso”, uma vez que as regras ali contidas vinculam os candidatos. Como dito anteriormente, a Administração se exime de eventuais responsabilidades, através das normas contidas no edital, pois por meio da sua atuação discricionária fixa regras de acordo com sua conveniência, como é o exemplo acima da responsabilidade do candidato em conferir seu caderno de prova, e no caso de eventual pleito judicial ajuizado pelo candidato, a Administração sairia isenta, sob o recorrente argumento de que o Judiciário não pode fazer controle de mérito nas questões

administrativas, sendo as normas contidas no edital de concurso exemplo de tal discricionariedade, a medida em que vincula o candidato sendo que este se encontra restrito ao mesmo.

1.3.3 A repetição de questões e temas não cobrados

Não é raro que editais de concurso, cada vez mais devido ao grande número de candidatos, aumente o nível de dificuldade das provas cobrando em seu conteúdo, disciplinas extensas. Ocorre que muitas das vezes, são cobrados temas não previstos.

Vejamos a seguinte decisão da Corte Paranaense:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE QUE ALGUMAS QUESTÕES SERIAM "REPETIDAS" DE OUTRO CERTAME SEMELHANTE. ALEGAÇÃO DE QUEBRA DA ISONOMIA. NÃO ACOLHIMENTO. EDITAL QUE NÃO PREVIA O "INEDITISMO" DE TODAS AS QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE FAVORECIMENTO, VAZAMENTO PRÉVIO DA PROVA OU DE OUTRO FATO CONCRETO, A ENSEJAR A ANULAÇÃO (MESMO PARCIAL) DO CERTAME. SENTENÇA CORRETA PELA IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. MANUTENÇÃO NESTA INSTÂNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1 - **O simples fato de haver, em prova objetiva de concurso público, algumas "questões repetidas" de outro certame similar, não quebra a isonomia entre os candidatos. Até porque na espécie dos autos algumas alternativas das respostas estavam invertidas, e, além disso, não há evidências de ter havido vazamento prévio da prova ou de favorecimento a quem quer que seja.** 2 - **Na mesma linha, só o fato de haver repetição de algumas questões nem de longe pode ensejar a acolhida de argumentos no sentido do malferimento dos princípios da impessoalidade ou da moralidade administrativa. Insinuações genéricas nesse rumo são insuficientes a caracterizar uma nulidade do certame (mesmo parcial), por evidente, notadamente em face da "presunção de legitimidade" dos atos administrativos.** 3 - "Não compete ao Poder Judiciário a apreciação dos critérios de formulação, correção e atribuição de notas nos concursos públicos, uma vez que tal prerrogativa pertence exclusivamente à banca examinadora, que faz as vezes da Administração Pública. Ao Judiciário reserva-se tão-somente o exame da legalidade das normas estabelecidas no edital e dos atos praticados na realização do concurso." (STJ, RMS 20.493/RS).” (BRASIL, 2011, grifo nosso)

É muito comum haver em diversas provas questões repetidas, isto é, não questões que perguntam sobre o mesmo tema, mas que tem a mesma estética, a mesma transcrição exata de enunciados cobrados em provas anteriores. No julgado acima há o entendimento de que não houve quebra de isonomia entre os candidatos, muito menos aos princípios da impessoalidade e da moralidade, todavia tal entendimento não merece razão. O princípio da isonomia é que estabelece a igualdade de tratamento entre os candidatos ao cargo, e está intrinsecamente ligado a impessoalidade administrativa a qual não se pode

favorecer uns em detrimento de outros, quando se repete questões de provas anteriores há uma quebra dessa igualdade, pois sujeita os candidatos a um estado de incerteza, sendo que não é possível averiguar quantos já resolveram àquela questão, o que configura uma espécie de favorecimento dos que já sabem a alternativa correta da questão repetida e dos que nunca fizeram. Aqui temos um exemplo contrário de como normas contidas no edital eximem o ente público de responder pelos danos causados, uma vez que na ementa do julgado o Tribunal entendeu que o edital não previa o ineditismo de todas as questões, consistindo dessa vez a ausência de previsão de regra prevista no edital. É notório o dano moral suportado pelo candidato, frente a inobservância da isonomia.

Já nesse outro julgado o caso é diferente:

“MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - COBRANÇA DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO NÃO INSERIDO NO EDITAL - CONTROLE JUDICIAL - POSSIBILIDADE - ILEGALIDADE DO ATO - CONFORMIDADE DA PROVA COM O EDITAL.

1. **Se o edital tem por finalidade vincular todos os concorrentes aos ditames por ele estabelecidos, fazendo verdadeira lei entre as partes, é possível ao Judiciário apreciar a conformação legal entre o conteúdo programático e as questões efetivamente cobradas. Não se trata de intervenção judicial objetivando a revisão de critérios adotados pela banca examinadora na correção da prova ou na adoção de um ou de outro conteúdo programático, mas de mero controle de legalidade, consubstanciado na flagrante denúncia de violação a normas editalícias.** 2. **Apelação provida para a concessão da segurança.**” (BRASIL, 2006, grifo nosso)

O caso acima se trata de outro caso recorrente na aplicação de provas objetivas que é a cobrança de temas não previstos no edital, pois sendo este o elemento que regula todos os aspectos do certame, a cobrança de conteúdo está restrita a matéria ali contida. O acórdão foi exarado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios de maneira sensata já que entendeu ser possível ao Judiciário apreciar a conformidade entre o conteúdo programático e as questões cobradas, sendo que muitas das vezes as bancas examinadoras indeferem os recursos interpostos pelos candidatos, não anulando a questão que está em desconformidade com as normas editalícias. Nesse caso é visível o dano moral suportado pelo candidato, devendo este ser ressarcido pelo simples fato de procurar a via judicial para resolução do seu problema, uma vez que bastava anulação da questão pela banca na via administrativa, o que evitaria o desgaste de um processo judicial para resolver tal caso.

1.3.4. Os danos causados pelas fraudes perpetradas em concurso público.

Aqui talvez, talvez seja um dos pontos mais relevantes da discussão acerca dos danos causados em concursos públicos, pois ultrapassa o que seria uma simples irregularidade chegando ao patamar de delito tipificado no Código Penal, e ainda é a causa geradora de maiores danos para os candidatos a cargos públicos. Aqui a atuação do ente público e das pessoas jurídicas envolvidas tem mais relevância, pois a fiscalização tem de ser maior. O artigo 311-A do Código Penal prevê o seguinte:

“Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:

I - concurso público;

II - avaliação ou exame públicos;

III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou

IV - exame ou processo seletivo previstos em lei:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.” (BRASIL,1940)

Para Rogério Sanches Cunha a conduta delitiva de fraudar certames públicos

“tem a finalidade de tutelar a credibilidade, isto é, a lisura e a transparência dos certames de interesse público, para ele, o crime é comum, uma vez que pode ser praticado por qualquer pessoa, já o sujeito passivo é o ente estatal, e, secundariamente, eventuais lesados pela ação delituosa do agente” (CUNHA, 2016, p.753)

O referido autor ainda diz o seguinte:

“Se o modo de execução envolve terceiro que tendo, acesso privilegiado ao gabarito da prova, revela ao candidato de um concurso público as respostas aos quesitos, pratica, junto com o candidato beneficiário, o crime do art. 311-A (aquele, por divulgar, e este, por utilizar o conteúdo secreto em benefício próprio). Já nos casos em que o candidato, com ponto eletrônico no ouvido, se vale de terceiro expert para lhe revelar as alternativas corretas, permanece fato atípico (apesar de seu grau de reprovação social), pois os sujeitos envolvidos (candidato e terceiro) não trabalharam com conteúdo sigiloso (o gabarito continuou sigiloso para ambos).”(CUNHA,2016, p. 754)

É importante salientar que aplicando-se o princípio da especialidade, a violação de sigilo funcional envolvendo certames de interesse público não caracteriza o crime do art. 325.

Conforme se extrai da redação do dispositivo ora mencionado:

“Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; (Inc

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.” (BRASIL, 1940)

Saindo da seara penal, independente do crime configurar fraude em certame público ou violação de sigilo profissional, acredita-se que pelo fato de haver comprometimento da lisura do certame, tais condutas ocasionam no dever de reparação do ente responsável, pois embora o delito seja atinente a matéria penal há repercussão na esfera cível, uma vez que consiste em uma das formas de lesar a preservação do sigilo de concursos públicos, avaliações ou exames públicos, processos seletivos para ingresso no ensino superior e exames ou processos seletivos previstos em lei.

Portanto, é notório que muitas das vezes, tais fatos, acarretam no cancelamento e adiamento do certame que por sua vez lesionam direitos de uma coletividade de candidatos que saíram onerados diante de tal feito. O abuso aqui não está na prática dos crimes de fraude muitas vezes cometidos por organizações especializadas, mas sim por não haver responsabilização patrimonial nem da banca examinadora e nem do Estado, uma vez que estes falharam na fiscalização no sentido de garantir a lisura e a probidade do procedimento. O termo abuso é abrangente, contendo elementos como a omissão diante a fraude, as irregularidades e as arbitrariedades decorrentes da atuação vertical do ente estatal pautado no princípio administrativo do interesse público sobre o privado.

Portanto, em razão do esquema fraudulento deve se imputar a responsabilidade à pessoa jurídica realizadora do certame e subsidiariamente ao ente público contratante. Ora, frequentemente são veiculadas pela mídia notícias que tratam das fraudes perpetradas em certames, inclusive muitas ocorrem em concursos federais nos quais a lisura deveria ser maior. Nessa notícia constante do site da Revista Veja, é possível visualizar um caso recorrente de fraude em certames públicos:

“A Polícia Federal suspeita que uma organização criminosa, liderada por um técnico judiciário de Rondônia, possa ter fraudado, desde 2010, 42 concursos para ter acesso a 64 cargos públicos, em trinta tribunais, autarquias e

Assembleias Legislativas. A investigação é um desdobramento da Operação Afronta, deflagrada em outubro, e é a maior já realizada nessa área pela corporação.

O inquérito da Afronta foi relatado em novembro e encaminhado à Justiça Federal em Sorocaba, base da missão, com indiciamento de nove alvos, entre eles o técnico judiciário José Carlos de Lima, apontado como “o principal articulador” da rede de fraudes em certames públicos.

Na semana passada, a PF pediu à Fundação Carlos Chagas, instituição que aplica as provas, uma auditoria para comparar, inicialmente, as provas discursivas de todos os candidatos aprovados, a fim de identificar os fraudadores e beneficiários do esquema. O mapeamento que coloca sob suspeita aprovados de 42 concursos foi realizado a partir do banco de dados da Fundação.

A PF suspeita que os integrantes da organização se infiltraram em outros concursos, como em todos os cinco Tribunais Regionais Federais, catorze Tribunais Regionais do Trabalho e onze Tribunais Regionais Eleitorais.

Como mostrou a Operação Afronta, a organização tinha o seguinte *modus operandi*: se inscreviam para realizar o exame do concurso público candidatos interessados na fraude e os “pilotos”. No dia da prova, os “pilotos” fotografavam as questões com o auxílio de microcâmeras e, quando saíam, passavam as fotos das questões para o líder da organização, que por sua vez providenciava a correção dos teste com a ajuda de comparsas. Feita a correção, as respostas eram passadas aos candidatos por meio de um “ponto eletrônico”, conectado ao celular deles.” (A Polícia Federal, 2015, grifo nosso)

É possível visualizar nessa outra notícia, veiculada pelo portal de notícias da Globo, o G1, que evidencia de forma clara a ausência de fiscalização por parte das realizadoras do certame:

“Ex-funcionário do Cespe é filmado fraudando concurso para delegado em Goiás, diz polícia

Homem é um dos oito alvos da 3ª fase da Operação Porta Fechada. Delegado afirma que grupo criminoso do qual ele é integrante também planejava crimes contra o Enem 2017.

Um vídeo divulgado pela Polícia Civil de Goiás mostra como um ex-funcionário do Centro de Promoção e Seleção de Eventos (Cespe) fraudou gabaritos para aprovar candidatos que pagaram pela vaga no concurso para delegado da corporação (veja acima). O ex-servidor foi detido em Brasília e é um dos oito alvos de mandado de prisão da 3ª fase da Operação Porta Fechada, que apura irregularidades no certame. Ela ocorre paralelamente à Operação Panoptes, deflagrada no Distrito Federal contra a “máfia dos concursos”.

Segundo a polícia, o ex-funcionário do Cespe - atual Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebbraspe) -, retirava os cartões de repostas dos candidatos que pagaram entre R\$ 125 mil e R\$ 375 mil pela vaga de delegado e que eram entregues a ele em branco. Após o gabarito ser divulgado, o próprio funcionário preenchia o documento de forma correta e encaminhava posteriormente.

O concurso para delegado substituto em questão foi suspenso pela Justiça, por meio de uma liminar, em maio deste ano.

Advogado do Cebbraspe, Marcus Vinícius Figueiredo disse ao **G1** que a entidade colabora com as investigações. “Desde quando tomou conhecimento dos fatos, o Cebbraspe se colocou à disposição da polícia para cooperar. Os policiais civis de Goiás vieram até a sede e puderam verificar todo o sistema de segurança. Até mesmo as imagens de câmeras de segurança foram divulgadas foram repassadas pelo Centro”, ressaltou.

Figueiredo destacou que o funcionário que aparece no vídeo e é investigado por fraude no concurso para delegado em Goiás já foi demitido. “O Cebbraspe não tem

nenhum envolvimento com as fraudes e não colabora com elas. O Centro continua à disposição para colaborar no que for preciso”, concluiu.

A Operação Porta Fechada cumpre 36 mandados judiciais, sendo 17 de busca e apreensão, 11 de condução coercitiva e oito de prisão. Do total de presos, foram dois em Goiânia, um em Nova Glória, três em Brasília. O sétimo mandado é referente a um homem que já havia sido preso em Brasília e o oitavo alvo segue foragido.

Segundo a Polícia Civil, entre os presos em Goiás estão dois líderes do grupo e três aliciadores. De acordo com o delegado André Bottesini, titular da Delegacia Estadual de Repressão a Crimes contra a Administração Pública (Dercap), a investigação apontou que ao menos 16 candidatos se envolveram no esquema.

‘Deste total, 13 pagaram e foram aprovados nas 13 primeiras posições do concurso para delegado. Outros entraram em desacordo financeiro como grupo e desistiram’, explica Bottesini.

Conforme a polícia, o ex-funcionário foi demitido em março deste ano assim que foi intimado a depor em Goiânia, e o esquema começou a ser desvendado.

‘Este servidor subtraía o cartão resposta dos candidatos, que entregavam os mesmos em branco e, após a subtração, os preenchia indevidamente e os devolvia para a correção. Assim, os candidatos eram aprovados sem fazer qualquer prova’, disse o delegado Rômulo Figueiredo, também da Dercap.

Depois de aprovado, o candidato chegava a pagar mais de R\$ 100 mil ao grupo, dependendo da remuneração prevista no edital. O delegado afirma que há beneficiários do esquema em todo o país.

‘A média cobrada era em torno de 20 vezes o salário para o cargo. Temos registro que em 2016 remeteram 35 milhões de euros para a Europa [o que corresponde a cerca de R\$ 130 milhões]’, detalhou Figueiredo.” (TÚLIO, Sílvio; BORGES, Fernanda, 2017, grifo nosso)

Nessa notícia é importante notar como é a organização dessas “máfias dos concursos”, sendo que os esquemas fraudulentos estão cada vez mais otimizados, não deixando vestígios e movimentando grande quantidade de dinheiro ilícito. Aqui chama-se a atenção de que o autor da fraude é ex-funcionário da banca examinadora, o que nos leva a questionar a idoneidade dos funcionários contratados pela mesma e ainda se o vazamento de questões por funcionários não é algo corriqueiro. Logo uma fiscalização rígida, como mecanismos de controle administrativo e eficaz se demonstra imprescindível.

O cerne da questão é: estão presentes aqui os danos materiais e morais sofridos pelos candidatos que tanto se prepararam para a realização do certame? Entende-se que sim, pois levando em conta a sistemática presente em outros ramos do direito, estão presentes a culpa *in vigilando* e *in elegendo*, que serão abordadas em tópico próprio. Por enquanto iremos se ater ao entendimento atual dos Tribunais brasileiros e como tais julgados impactam a sociedade através dos seguintes acórdãos.

Vejamos como entendeu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região na matéria:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL. FRAUDE (“COLA ELETRÔNICA”). SUSPENSÃO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. DEMORA NA FINALIZAÇÃO DO CONCURSO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PEDIDO.

IMPROCEDÊNCIA. 1. Pleiteiam os Autores indenização por danos morais, em valor a ser fixado pelo juiz, e materiais, "correspondente ao período de julho de 1994 a julho de 1997, em valores a que fariam jus se em treinamento (curso de formação) e em exercício estivessem", provenientes da demora na finalização de concurso público para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, suspenso por decisão judicial, em virtude de fraude ("cola eletrônica"), o que retardou as nomeações. 2. O suposto direito dos Autores só pôde ser pleiteado a partir da posse (16/12/1997; 30/12/1997; 08/01/1998). Considerando que o direito de ação contra a Fazenda Pública prescreve em 5 (cinco) anos, proposta a ação em 16/12/2002, a pretensão dos Autores não foi alcançada pela prescrição ou decadência. 3. Os Autores, apesar de aprovados na primeira etapa do concurso, ainda dependiam de aprovação no Programa de Formação, que também tem caráter eliminatório, e somente após o resultado final do certame e sua homologação é que surgiria o direito à nomeação, dentro do número de vagas previsto no edital. 4. A aprovação no Curso de Formação e, como consequência, a nomeação dos candidatos, não retroage, atribuindo-lhes direitos próprios dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal. A suspensão do concurso ou a demora para realização do Curso de Formação não tem o condão de criar outro vínculo entre os candidatos e a Administração, senão o de continuar participando do concurso. 5. Em que pese ser admissível à Administração rever seus próprios atos quando eivados de vícios insanáveis, o que inclui procedimentos de concurso público, a suspensão do certame regido pelo Edital Esaf nº 03/94 decorreu de decisão proferida (em agravo regimental em mandado de segurança) pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 6. Não têm os candidatos direito à realização célere do concurso, tanto mais de um concurso de tal envergadura como o de Auditor-Fiscal, não se podendo retirar da Administração a discricionariedade de avaliar o melhor momento de dar prosseguimento ao certame que foi objeto de suspensão judicial, ou seja, depois de afastadas todas as possibilidades de nova impugnação por qualquer interessado. 7. **Não houve omissão alguma da Administração quanto às fraudes apuradas, pois os responsáveis foram identificados e afastados do concurso, com sua posterior continuação para os candidatos remanescentes.** 8. **Inexiste prova de qualquer dano experimentado pelos Autores, que sequer demonstraram que tiveram de deixar os empregos que tinham por ocasião da convocação para o curso de formação, não realizado em face da decisão judicial.** 9. Inocorrência de decadência e/ou prescrição. 10. Apelação a que se nega provimento. A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (BRASIL, 2013, grifo nosso)"

É de se discordar de dois pontos da decisão, o primeiro no que se refere a ausência de dano, pois o simples fato dos candidatos não terem de ter deixado seus supostos empregos não inviabiliza o caráter danoso, pois o simples fato de suportar a demora na realização de curso de formação já caracteriza dano moral grave em razão de violar pressuposto inerente a atuação da Administração Pública que é o princípio da eficiência, o qual está fixado na norma constitucional e nele se compreende um procedimento pautado pela lisura e pela celeridade e ocorre que no caso acima o concurso para Auditor Fiscal foi suspenso pois foi eivado de fraude, acarretando grande infortúnio para os candidatos, ultrapassando o que seria um mero “dissabor”. O segundo ponto que merece discordância é o entendimento de que não houve omissão do ente público quanto às fraudes apuradas, uma vez que os responsáveis foram identificados e afastados, pois entende-se que ausência de fiscalização frente a fraude perpetrada nulifica todos os atos do certame, os alcançando desde

os atos iniciais do processo, devendo ser realizado um novo certame e ainda ser indenizados, os candidatos que sofreram com o desgaste da preparação.

Infelizmente muitos tribunais não levam em conta o tempo dispendido por candidatos no preparo de provas em concurso, muito menos seu investimento em ferramentas de estudo. Comumente um concurso público é constituído por etapas que vão desde a aplicação das provas objetivas até a fase do curso de formação e tudo dentro de um cronograma previsto no edital do certame, logo aqui vemos uma disparidade no que se refere ao respeito dos ditames do referido documento, uma vez que ao desatender os prazos ali previstos a Administração Pública não é penalizada, havendo assim uma relativização das regras ali contidas em pró de seus interesses, mas quando é um candidato que não observa as regras editalícias, como é o exemplo já dado do candidato que não confere os dados contidos no caderno de provas, este se vê prejudicado, pois lhe é negado o direito ao ressarcimento pelos danos sofridos.

Com isso é lamentável que os Tribunais tenham tido um entendimento desfavorável no que tange os danos decorrentes das fraudes ocorridas em certames públicos como é o caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:

“[...]

RELATÓRIO

Apelação Cível interposta pelo Município de Ceará Mirim em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ceará Mirim que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, **julgou procedente o pedido, condenando o Município de Ceará-Mirim a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00 e por danos materiais no importe de R\$ 73,63.**

[..]

VOTO

A controvérsia é restrita à **possibilidade de condenação do Município em indenizar por danos morais em consequência de anulação de certame público para provimento de vagas de determinado cargo público.**

[..]

4. O STJ firmou a orientação de que o servidor não tem direito à indenização por danos morais em razão da anulação de concurso público eivado de vícios.

[...]

[...]

1. A Administração pode rever e anular os seus próprios atos, no exercício da autotutela dos princípios norteadores encartados no artigo 37 da Constituição Federal (Súmulas 346 e 473 do STF).

2. Ação indenizatória por supostos danos materiais e morais decorrente de anulação administrativa de concurso público fraudado.

(...)

8. A anulação de concurso fraudado é "conduta devida" et pour cause não gera o dever de indenizar.

[..]

10. Não há direito à pleiteada indenização em face da anulação de concurso público eivado de vícios, máxime quando os efeitos gerados pela nulidade atingiram mera expectativa de direito de candidatos, situação diversa caso

versasse hipótese de servidores já empossados, cuja exclusão não dispensaria a observância da ampla defesa e do contraditório (súmulas 20 e 21/STF).

11. Recurso especial não conhecido. (REsp 910.260/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 18/12/2008). (Grifo e supressão intencionais).

Ante o exposto, voto pelo provimento parcial ao recurso, reformando a sentença, para excluir a condenação por danos morais.

Considerando a sucumbência recíproca, condeno ambas as partes, em igual proporção, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em sentença. Sendo a parte apelada beneficiária de assistência judiciária gratuita, aplica-se o disposto no art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC.” (BRASIL, 2017, grifo nosso).”

Aqui a sentença proferida pelo juízo a quo condenou o Município ao pagamento de R\$ 2.000,00 a título de dano moral em razão da anulação do certame decorrente de fraude, entretanto o tribunal reformou a decisão não reconhecendo a incidência de danos morais e ainda se assentou em arresto do Superior Tribunal de Justiça cujo entendimento é de que há somente expectativa de direito dos candidatos, pois ainda não foram empossados. Não merece concordância tal decisão, pois acredita-se que aqui o dano não é decorrente do não provimento ao cargo, mas sim pela quebra de lisura do certame e por consequência sua posterior anulação, que acarreta na perda de uma chance dos candidatos ao preenchimento da vaga.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho:

“A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passa de mera possibilidade aleatória.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98)

Ora, o candidato que despende tempo e recursos com preparo e estudo têm uma probabilidade alta de êxito, daí a possibilidade de aplicação da referida teoria.

Hoje, não há previsão legal, nem jurisprudencial de responsabilidade subsidiária do ente estatal nesses casos. A responsabilidade que pode ser solidária ou subsidiária, sendo a primeira muito comum nas relações de direito privado, como casos de obrigação solidária, indivisíveis e divisíveis onde os coobrigados no caso de inadimplemento se responsabilizam conjuntamente, podendo cada um responder pela dívida inteira ou pela sua quota parte, o que difere bastante da subsidiária onde tem um responsável principal, que se obriga pela integralidade da dívida e um subsidiário, este só arcará com os custos da indenização se aquele não dispor de meios suficientes.

Carvalho Filho assim dispõe sobre o tema:

“Por conseguinte, não abonamos o pensamento de que o Poder Público tem responsabilidade solidária pelos danos causados por pessoa privada à qual compete prestar determinado serviço público, só pelo fato de ter havido delegação do serviço. Trata-se, a nosso ver, de conclusão tipicamente passional, de caráter radical e afastada dos cânones jurídicos que regem a matéria. O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados”. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 574)

Logo, deve ser verificado se o Estado concorreu para o resultado danoso, caso em que lhe é imputado culpa, assim será demandado juntamente com a pessoa responsável pelo evento danoso, mas não para responder de maneira solidária como se estivesse em um litisconsórcio passivo, mas para ser responsável subsidiário no caso de a culpa ser exclusiva da pessoa prestadora do serviço e esta não vier adimplir com suas obrigações.

Diante de tal constatação é salutar perquirir quais são os critérios de contratação das bancas examinadoras pelo Estado para realização de concursos, de forma que não haja a culpa *in eligendo*, que consiste na escolha inidônea de empresa privada pelo ente público que muitas vezes ocorre nos casos de contratação direta por dispensa de licitação e na contratação de empresas que prestam serviços terceirizados.

2. AS BANCAS EXAMINADORAS E O REGIME DE CONTRATAÇÃO

2.1 A contratação por dispensa

Com a finalidade de organizar um concurso, não se exige a presença do instituto da contratação para a prestação de serviços o qual se contrata pessoa jurídica diversa para organizar por inteiro o certame em cada uma de suas fases, podendo a própria instituição fazê-la. Entretanto, o mais corriqueiro é transferir a execução das tarefas atinentes à organização do certame, em razão do alto nível de complexidade do processo. Buscando uma ilustração prática, de quando não há contratação, bem comum na atualidade, seria o caso de Ministérios Públicos Estaduais realizarem seus próprios certames para contratação de Promotores de Justiça não necessitando de uma banca examinadora para tal. Porém, tais órgãos poderiam contratar, por exemplo, o instituto Cespe para executar as etapas do concurso.

Pode-se extrair da Lei 8.666/93, a Lei de Licitações, que o ente público interessado em realizar um concurso público poderá realizar um procedimento licitatório ou realizar a contratação direta por meio de dispensa com base no artigo 24, inciso XIII. Analisemos tais institutos.

Para contratar de maneira direta, a Lei de Licitações, em seu artigo 24, elenca diversas hipóteses de dispensa de licitação, isto é, situações nas quais o ente público interessado poderá escolher diretamente a instituição desejada que atenda aos ditames impostos pelo artigo 24, mesmo havendo viabilidade de licitação.

Enquadrando tal legislação ao caso do exemplo dos MPEs, no caso de tais órgãos resolverem contratar uma banca, veremos que conforme o enunciado do dispositivo legal da Lei 8.666/93 em análise, todas as entidades e órgãos públicos pertencentes aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderão, segundo sua discricionariedade e obedecendo os princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, dispensar a licitação com fim de contratar banca examinadora que detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos. Assim, se enquadram aqui, “em tese” instituições como, por exemplo, a Fundação Carlos Chagas, o Cebraspe e a Fundação Getúlio Vargas.

Ao realizar tal contratação direta, é formalizado um contrato de prestação de serviços entre o Estado e a instituição que será incumbida da realização do certame, conforme preconiza o artigo 2º, parágrafo único da Lei de Licitações nos seguintes termos:

“considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particular, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada” (BRASIL,1993)

Ocorre que apesar dos entes públicos optarem pela dispensa de licitação, os Tribunais podem entender que não é o caso de se enquadrar a banca examinadora em tal hipótese, conforme o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do DF e Territórios:

“APELAÇÃO CÍVEL. REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO DE BANCA EXAMINADORA COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS NÃO SATISFEITOS. O art. 24, inciso XIII da Lei n.º 8.666/90, para contratação sem licitação de instituição de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, estabelece, como requisitos, deter, a instituição, inquestionável reputação ético-profissional e não ter fins lucrativos. Se a instituição a ser contratada ostenta, em seu desfavor, decisão condenatória em segunda instância por ato de improbidade administrativa, ainda que sem trânsito em julgado em razão do manejo de REsp, não há como se admitir que satisfaz ela o requisito de inquestionável reputação ético-profissional.” (BRASIL,2017)

A discussão acerca do tema não é pacífica, vejamos a seguinte notícia extraída do portal de notícias da Globo:

“Após a Justiça Federal determinar a **suspensão da contratação da organizadora** do concurso dos Correios por conta de a empresa ter sido escolhida de forma direta, especialistas afirmam ao **G1** que, apesar de ser comum entre órgãos públicos federais, a dispensa de licitação deveria ocorrer apenas em caso excepcionais.

“Sempre é um risco assumido pela administração quando ela opta por não fazer a licitação”, diz Marcia Buccolo, advogada especialista em direito administrativo. Na sentença sobre o concurso, após ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, o juiz Paulo Ricardo de Souza Cruz, da 5ª Vara da Justiça Federal de Brasília, afirmou que determinou a suspensão da contratação porque essa dispensa de licitação não seria aplicável no caso da realização de concurso público.

Segundo a procuradora da República Raquel Branquinho, autora da ação, os Correios se apoiaram no artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93 para contratarem a organizadora sem licitação. O juiz julgou que ela não se aplica aos concursos públicos. “[A lei] só pode fundamentar a contratação das entidades ali relacionadas para finalidades ligadas a pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação de presos”, escreveu Cruz na sentença. “E a realização de concurso público não tem nada a ver [com esses fins].”

Outros concursos dispensarão licitação

No entanto, a dispensa de licitação em concursos é bastante comum, principalmente entre os órgãos federais, lembra o especialista em direito constitucional e administrativo Sylvio Motta.

Nos últimos 30 dias, segundo levantamento do **G1**, pelo menos dois órgãos públicos federais tiveram a autorização para contratação direta de organizadora publicada no Diário Oficial da União. Ambos se apoiaram no mesmo trecho da lei citado pelos Correios.

Um deles é o da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), vinculada ao Ministério da Previdência Social (MPS), que **teve o extrato de dispensa de licitação para realizar concurso para 100 vagas publicado na página 149 da seção 3 do Diário Oficial da União do dia 1º de outubro. Nesse caso, a organizadora**

escolhida foi o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe/UNB).

O outro é o concurso do Instituto Brasileiro de Turismo (Embratur), que teve o extrato de dispensa de licitação para concurso para 84 vagas publicado na página 141, da seção 3 do Diário Oficial da União do dia 27 de setembro. A organizadora será a Fundação Universa.

Só para casos de emergência

De acordo com a advogada Marcia Buccolo, **casos que justificam a dispensa de licitação não são nem os de urgência, mas sim os de emergência. Por conta disso, ela acredita que, para a realização de concursos públicos, a melhor escolha seria pela licitação, pois a administração pode se programar ao longo do tempo para fazer a seleção.**

“Hoje existem inúmeras empresas que podem organizar as seleções. Salvo se o concurso tiver características tais que apenas uma empresa tenha a possibilidade de atender”, diz.

Sylvio Motta considera a decisão no DF importante para o setor de concursos públicos, pois abre precedente para que a Justiça questione outras dispensas de licitação. “Se abre ampla concorrência num processo licitatório, você torna o processo mais transparente, barato e competitivo”, justifica.

O especialista considera que, se houvesse ampla concorrência, as bancas organizadoras cobrariam taxas mais baratas dos candidatos para ganhar o processo de licitação. “A concorrência estimula a profissionalização. Do jeito que está trata-se praticamente de um monopólio. A escolha é aleatória, de acordo com interesses políticos e econômicos”, diz.

Motta destaca que as entidades interessadas devem apresentar um cronograma de serviços e terem professores capacitados para elaboração e correção das provas. “Tem que ter um projeto de realização do concurso”, afirma.” (GASPARIN, Gabriel; CAVALLINI; Marta, 2010, grifo nosso)

A transcrita notícia é de 2010, ou seja, tal problemática já perdura a um longo período. Alguns comentários devem ser tecidos acerca da presente notícia, como por exemplo o fato dos Correios que é uma empresa pública ter contratado por dispensa, a organizadora do certame com base no artigo 24, inciso XII da Lei de Licitações, o qual prevê o seguinte:

“na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado” (BRASIL, 1993)

Ao destrinchar o referido dispositivo, é possível entender os motivos que levam a pensar que a contratação e organizadora do certame é feita por dispensa. O primeiro nesse caso específico, é pelo simples fato dos Correios ser uma empresa pública, pessoa jurídica de direito privado, e o segundo é pelo fato da organizadora prestar um serviço à entidade administrativa. Sendo este o motivo mais relevante para a dispensa, é necessário discorrer acerca da natureza jurídica desse serviço, isto é, se atende ao interesse público primário ou secundário, o que será abordado mais a frente, por hora, é necessário se ater ao porquê de se entender pela não aplicação da dispensa de licitação. A Justiça Federal entendeu que para se

aplicar a dispensa tem de haver casos que abarcam certa especificidade, como é o caso de atividades ligadas a pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional, o que não guarda relação com a realização de concurso público.

Tal questão se relaciona intrinsecamente com a responsabilidade, pois como bem assevera o especialista de Direito Administrativo Sylvio Motta na notícia acima, se a contratação da organizadora do certame se dá por um procedimento licitatório comum, aberto a uma ampla concorrência, se tem um procedimento mais transparente, menos oneroso e competitivo o que estimula a participação de profissionais mais qualificados e taxas de inscrição menos onerosas para candidatos a concursos públicos, diminuindo assim o número de danos causados a estes pela má prestação do serviço prestado pelas bancas examinadora contratadas de maneira direta.

Caso recente envolveu a anulação do concurso para provimento de cargos da Câmara Legislativa do Distrito Federal, que contratou a Fundação Carlos Chagas para a realização do concurso. Vejamos a matéria do jornal eletrônico do Correio Braziliense:

“Após pouco mais de dois meses de suspensão cautelar do concurso da Câmara Legislativa, o Tribunal de Contas do DF (TCDF) determinou, nesta quinta-feira (16/09), por unanimidade, a anulação do contrato firmado entre a Casa e a banca examinadora do certame, a Fundação Chagas (FCC), no prazo de 30 dias. A expectativa, portanto, é que as provas, antes previstas para dezembro deste ano, sejam adiadas.

O Legislativo local terá de refazer, conforme a lei, o procedimento de seleção e contratação da instituição responsável pela organização do concurso público, “tendo em vista falhas e impropriedades, que violam os princípios da isonomia, da impessoalidade, da motivação, da moralidade, da seleção da proposta mais vantajosa, da legalidade e do interesse público”, pontua o relator do processo, o conselheiro Inácio Magalhães.

Entre as inconsistências, a Corte de Contas destacou que houve restrição à participação da Fundação de Apoio à Pesquisa, Ensino e Assistência à Escola de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro (Funrio); ausência de motivação baseada em critérios objetivos para a escolha da FCC; e indevido aumento dos custos das taxas de inscrição, em decorrência de exigência contida no projeto básico.

A decisão converge com o parecer do Ministério Público de Contas do DF (MPC/DF) e acata o pedido constante nas representações apresentadas pelo Instituto Quadrix e pela Funrio, que apontaram irregularidades no processo de seleção da banca examinadora à frente do concurso, cuja previsão é de 86 vagas e salários de até R\$ 15 mil.

Em nota, a Câmara Legislativa informou que “em conformidade com a orientação dos órgãos fiscalizadores, os aperfeiçoamentos serão feitos com celeridade”. “A Mesa Diretora entende que as mudanças que serão realizadas são importantes para a segurança jurídica dos que vão participar do processo seletivo”. O Correio não conseguiu contato com a assessoria de comunicação da FCC.

“Inconsistências”

Ao recomendar a anulação do contrato entre a FCC e a Câmara Legislativa, em relatório entregue em 26 de outubro à Corte de Contas, o procurador do MPC/DF Demostenes Tres Albuquerque afirmou que “a instrução processual da contratação demonstrou falhas, inconsistências, obscuridades e inconformidades que revelaram

um cenário de violação aos princípios da impessoalidade, julgamento objetivo e transparência”.

O relatório do órgão ainda apontou que “as informações apresentadas pela Casa não serviram para justificar a ausência de critérios objetivos no processo de seleção e tampouco a de motivação contundente que abonasse, com base nos princípios norteadores da Administração Pública, a contratação da FCC”.

Histórico

O Instituto Quadrix e a Funrio apontaram, em representações distintas, “ausência de isonomia” no procedimento de seleção da banca responsável pela realização do concurso da Câmara Legislativa, que aconteceu por meio de carta-convite, em vez de licitação. Apesar da argumentação, o primeiro relator do processo, conselheiro Renato Rainha, argumentou pela lisura do contrato firmado entre a FCC e a Casa. O voto foi vencido em plenário.

Assim, o revisor da matéria, Inácio Magalhães, realizou um novo relatório, no qual determinou a suspensão cautelar do contrato, em 31 de agosto. Os demais conselheiros seguiram o parecer e ele herdou o processo.” (MADER, Helena, 2017, grifo nosso)

Aqui, como forma de coibir eventuais irregularidades que porventura acarretassem prejuízos aos candidatos, houve a suspensão do certame, uma vez que houve dúvida acerca da idoneidade da contratação da banca examinadora, evidenciando-se assim, verdadeiro controle prévio de legalidade no que tange ao procedimento licitatório. Alguns pontos tratados pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal são: a injustificada restrição de participação da banca Funrio no processo administrativo de dispensa, em razão de ter se admitido apresentação de propostas de outras instituições, a ausência de fundamentação com critérios objetivos para contratação da Fundação Carlos Chagas e o aumento indevido das taxas de inscrição. Tal maneira de contratar, obstada pelo Tribunal de Contas Distrital, é muito comum no Brasil, sobretudo nas esferas municipais onde o controle administrativo prévio é precário, necessitando de um aparato governamental de fiscalização mais eficaz na realização de concursos públicos municipais.

A crítica que se faz a dispensa de licitação para contratação de bancas examinadoras é justamente a ausência de critérios para a escolha da empresa realizadora do certame, critérios como aptidão da instituição para a realização das provas sem margem de burla a aplicação das mesmas, o grau de fiscalização no dia do certame, políticas contra o vazamento de informações, questões sem margem de erro para anulação e outras mais. Outra questão que causa verdadeiro desconforto é o nível de transparência acerca do funcionamento das bancas examinadoras, o que inclui o desconhecimento por parte da população dos empregados da instituição realizadora do certame que participam da elaboração das provas, pois não há garantia de que estes não vazam informação para terceiros sobre as futuras questões da prova, devendo assim ser do conhecimento da sociedade o nome dos atores responsáveis pelo desenvolvimento das provas aplicadas. O que se coloca em cheque é o

princípio constitucionalmente consagrado da publicidade, que de acordo com a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“[...] diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; (DI PIETRO, 2017, p. 362)”

Aqui a autora se refere ao princípio aplicado nas fases dos procedimentos licitatórios em geral, mas tal princípio deve também ser levado em conta, quando se trata das instituições contratadas pelas entidades estatais, no que se refere aos seus empregados na elaboração de provas.

Hoje temos a Lei 12.527 de 2011 chamada de Lei de Acesso a Informação que nos dizeres da referida doutrinadora:

“Essa Lei disciplina também os artigos 37, § 3º, II, e 216, § 2º, da Constituição; o primeiro prevê lei que assegure o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos do governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; o segundo outorga à Administração Pública a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitarem” (DI PIETRO, 2017, p. 111)

A contratação dos serviços prestados pelo Cespe é feita por meio da celebração de contrato com o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Ceb拉斯pe), sem a necessidade de procedimento licitatório, com fundamento no artigo 24, incisos XIII ou XXIV, da Lei nº 8.666/1993 que assim dispõem;

“XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;”
 “XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão” (BRASIL, 1993)

Aqui algumas ponderações devem ser feitas em relação a literalidade do primeiro inciso acima transcrito que diz respeito às pessoas jurídicas pertencentes a Administração Pública, uma delas é sobre a inquestionável reputação ético-profissional da instituição utilizado para a contratação direta, o que nos leva a indagação de quais critérios são utilizados pela Administração Pública para decidir sobre a idoneidade da banca. Uma vez

que esta a *contrariu sensu*. tem sido alvo de esquemas de fraude em certames públicos, inclusive um deles perpetrado por ex-funcionário da instituição. Gustavo Scatolino e João Trindade tecem alguns comentários acerca do dispositivo XII, vejamos:

“É sob esse fundamento que são contratadas, sem licitação, instituições para a realização de concursos públicos e vestibulares. No entanto, o TCU vem definindo os contornos para essas contratações, a fim de evitar abusos e violações à Lei nº 8.666 de 1993. Assim, vem entendendo a Corte de Contas que é permitida a contratação direta, com base no art. 24, XII, da Lei nº 8.666 de 1993, de instituição para realização de concurso público, desde de que observados os requisitos legais, bem como demonstrada, com critérios objetivos, no plano estratégico do contratante ou em instrumento congênere, a essencialidade do preenchimento do cargo ou emprego público para o seu desenvolvimento institucional. Somente será legítima a contratação se houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado, estando vedada a subcontratação. É entendimento pacificado no TCU que, para a contratação direta prevista no referido dispositivo, deve estar comprovada a capacidade de execução do objeto contratual com estrutura própria e de acordo com as competências da contratada, sendo inadmissível, nesse casos, a subcontratação, ainda que parcial, dos serviços contratados.” (SCATOLINO, TRINDADE, 2016, p. 597)

É bastante questionável, a aptidão do Cespe, Centro de Promoção de Eventos, para a organização de certames, levando-se em conta sua contratação direta com base em critérios vagos de adequação aos ditames legais de hipótese de dispensa. Já no que se refere ao inciso XXIV, o fato do instituto Cespe se enquadrar como organização social não é suficiente para haver a dispensa de licitação, uma vez que há outras organizações sociais como a Fundação Carlos Chagas, por exemplo, se trata de entidade fundacional de direito privado, sem fins lucrativos.

O ponto é que a contratação direta de bancas examinadoras não se demonstra o melhor meio de evitar danos supervenientes aos candidatos a concurso público, pois não propicia a escolha da melhor instituição para a organização do certame, sendo a melhor maneira abrir um procedimento licitatório comum, o qual as mais diversas organizadoras apresentarão sua melhor proposta, viabilizando assim uma maneira de contratar uma banca que presta serviços de maneira mais profissional e qualificada, o que é se revele como meio de prevenção quanto a eventuais danos.

2.2 A natureza jurídica dos serviços prestados pela banca

É de suma importância aferir se quando um ente estatal contrata uma instituição para a organização de um concurso público, esta estaria prestando um serviço que atende um interesse público primário ou secundário, uma vez que tais critérios são de salutar

relevância para aferir o grau de responsabilidade do ente público, seja em sua modalidade subsidiária ou solidária e ainda para critérios de fixação indenizatórios. No entendimento de Matheus Carvalho sobre tais institutos:

“O interesse primário é composto pelas necessidades da sociedade, ou seja, dos cidadãos enquanto partícipes da coletividade, não se confundindo com a vontade da máquina estatal, a qual configura o interesse secundário. Isso decorre do fato de que, não obstante sempre atue visando satisfazer as necessidades da coletividade, o poder público tem personalidade jurídica própria e, por isso, tem os interesses individuais, como é o caso da instituição de tributos, com a intenção de arrecadar valores para a execução da atividade pública. E, a despeito de se verificar a vantagem ao poder público, individualmente considerado, isso será utilizado na busca pelo interesse de toda a sociedade.

Mesmo assim, é relevante entender que a busca indevida de interesses secundários abrindo mão do interesse primário enseja abuso de poder do Estado, como ocorre se o Estado decide, por exemplo, aumentar de forma abusiva a carga tributária à população, ou ainda, quando o ente estatal paga valores ínfimos pela desapropriação de imóveis privados.

Em síntese, pode-se estabelecer uma distinção entre interesse público primário e interesse público secundário. O primeiro seria o equivalente ao interesse do indivíduo desta sociedade e, o segundo são os anseios, necessidades do estado como sujeito de direito. Em havendo conflitos entre os referidos interesses prevalecerá o interesse público primário” (CARVALHO, 2017, p. 61-62)

Quando se dá a realização de um concurso público, há de um lado o interesse do ente público de prover cargos vagos, e de outro lado o interesse dos administrados a aprovação no certame, e pela definição de interesse público secundário ser aquela em que se procura a satisfação do interesse do Estado na seara das prerrogativas institucionais, o provimento de cargos por meio de concurso público nos levaria a pensar que a realização de certame atenderia mero interesse do ente público.

Ocorre que este não é o melhor entendimento aqui a ser defendido, pois de maneira indireta ao se procurar prover um cargo por um servidor efetivo, aprovado em concurso, a Administração estaria atendendo um interesse primário, em razão do trabalho realizado por servidor legalmente provido visa atender as mais diversas demandas da coletividade, caracterizando assim a primariedade do serviço público prestado pela banca.

Dessa forma é possível visualizar que a elaboração de provas de concurso e suas demais fases são de tal relevância que o descumprimento de regras e princípios e falta de mecanismos de prevenção atinentes ao regime jurídico administrativo, causam prejuízos a toda a coletividade sujeita aos ditames do Estado, uma vez que este ao contratar pessoa jurídica, inidônea e inapta para a organização de um certame, certamente se torna responsável ao transferir a execução de tal atividade para instituições que prestam um serviço de caráter duvidoso, ainda mais quando o ente público não realiza procedimento licitatório adequado

que atenderia critérios de escolha mais eficazes de instituições incumbidas da realização de um certame público.

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

3.1 Considerações introdutórias

Até o presente momento, vislumbramos as condutas que entendemos serem causadoras de danos aos candidatos a concursos públicos, embora alguns tribunais tanto da esfera estadual quanto da federal entendem não haver a ocorrência dos mesmos, além disso foi evidenciado que os critérios de contratação das bancas organizadoras de certame são fundamentais na aferição da ocorrência de culpa por parte do ente público, em razão de não haver critérios objetivos de escolha da instituição contratada para uma melhor prestação de serviço possível de forma que a aptidão e a profissionalização da banca examinadora que se em tese fosse contratada por um procedimento licitatório justo, seria meio de prevenção contra eventuais danos que são recorrentemente comuns na atualidade.

Falar em certame público, é abarcar várias hipóteses que vão desde um processo seletivo simplificado para contratação de servidores temporários até concursos públicos de provas e títulos e aqui o cerne da questão envolve a elaboração de certames em seu sentido estrito, isto é, a elaboração de concursos públicos.

A elaboração de um concurso demanda várias etapas que vão desde a autorização orçamentária até a homologação do certame, no qual irregularidades podem acontecer em qualquer fase seja no conteúdo do edital, na aplicação da prova e até decorrente de fator extrínseco que ultrapassa o que seria mera irregularidade se convolvendo em vício de legalidade, como é o caso das frequentes fraudes em concursos públicos que repercutem tanto nas esferas penal, administrativa e cível.

Na esfera penal tal conduta se consubstancia em conduta delitiva típica, cuja pena para o autor do crime é de reclusão de 2 a 6 anos e, multa e a ação pública é incondicionada privativa do Ministério Público. Já na esfera administrativa tal conduta de fraude enseja a anulação do concurso público devido a ilegalidade constatada pelo Estado. Aqui a autotutela se faz presente, instituto este que de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce pelos próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes e inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

É uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita a lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade” (DI PIETRO, 2017, p. 109)

Tal anulação é medida que se faz necessária, uma vez que uma conduta como a de fraudar determinado certame afronta não só dispositivos legais como, por exemplo, é o previsto no artigo 11 da Lei 8.112 de 1990, que prevê o seguinte:

“Art. 11 O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.” (BRASIL, 1990)

E ainda atenta contra princípios inerentes ao regime jurídico administrativo como os da publicidade, impessoalidade e da segurança jurídica, este último pelo fato dos atos administrativos terem presunção de legalidade, entre outros espalhados no ordenamento jurídico administrativo. Sobre a anulação de atos eivados de ilegalidade, a ilustre autora Di Pietro assim dispõe:

“Anulação, que alguns preferem chamar de invalidação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.

Como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir de então).

A anulação pode ser feita pela Administração Pública, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo STF por meio das Súmulas nos 346 e 473. Pela primeira, “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; e nos termos da segunda, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

E a anulação pode também ser feita pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados, que poderão utilizar, para esse fim, quer as ações ordinárias e especiais previstas na legislação processual, quer os remédios constitucionais de controle judicial da Administração Pública.” (DI PIETRO, 2017, p. 248)

Nesta senda, entende-se que mesmo quando o Poder Público está no exercício das suas prerrogativas de controle de legalidade ao anular um concurso público, ainda resta o direito dos candidatos de buscarem a tutela dos seus direitos decorrentes do dano tanto material como moral em razão da expectativa frustrada, o que já adentra na esfera civil de repercussão das fraudes. A fraude perpetrada em concursos públicos é uma das práticas que mais causa descontentamento e desânimo dos candidatos a vagas públicas, pois coloca em cheque a seriedade do certame e probidade dos entes responsáveis pelas suas etapas de

elaboração, mas também não é a única prática que acarreta danos, uma vez que a própria banca examinadora se vê acometida de falhas na organização do certame através de condutas que causam prejuízo ao candidato.

A responsabilidade do Estado que pode ser tanto das entidades federativas pertencentes a Administração Direta, como também das entidades administrativas pertencentes a Administração Indireta pelos até então explanados deve ser reconhecida em face do ente público que atuou com culpa nas suas modalidades *in eligendo* e *in vigilando*, a primeira de acordo com o civilista Paulo Nader:

“Na culpa *in vigilando*, o agente, investido do dever de manter sob controle a conduta de alguém, se descuidou, não impedindo a danificação de direitos alheios. Na culpa *in eligendo*, a responsabilidade deriva da má escolha de quem desenvolve atividade de interesse do agente e sob o comando deste. Como se vê, nas culpas *in vigilando* e *in eligendo* o responsável mantém relação jurídica com o causador do prejuízo a terceiro.” (NADER, 2016, p. 101)

Dessa forma, se o ente contratante incorreu em má escolha na contratação da banca examinadora para a organização do concurso público, isto é, se escolheu por contratação direta banca inidônea que já tem um histórico de falhas na prestação de serviços e já teve alguns de seus concursos anulados, fica configurada a culpa *in eligendo*. Já quando o ente incorre em falha de fiscalização, isto é, quando este não age com a devida cautela na verificação dos atos realizados pela banca examinadora em todas as fases do certame, fica verificada a culpa *in vigilando*. O art. da lei 8.666 de 1993 ao tratar da fiscalização dos contratos administrativos prevê o seguinte:

“Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, **não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.**” (BRASIL, 1993)

Aqui, é possível extrair por interpretação que caso o ente estatal contratante procedesse com a devida fiscalização, subsistiria ainda a responsabilidade pela banca examinadora pela sua falha na prestação dos serviços.

Retomando o caso de fraudes em certames públicos: imaginemos que no edital de um concurso de provas e títulos para provimento de determinado cargo público federal, estaria previsto que os candidatos se submeteriam a passar pelo detector de metais e ainda que haveria a verificação dos documentos de identidade daqueles no decorrer da aplicação da prova. Ocorre que no dia da realização do certame a banca examinadora não realizou nenhum dos dois procedimentos, uma vez que não providenciou equipamentos de detecção e muito

menos verificou os documentos, embora o órgão contratante tenha designado servidores efetivos do seu quadro funcional e até solicitou auxílio da polícia federal para averiguação da aplicação da prova nas dependências do local no dia da aplicação da prova.

Aqui não há de se falar em culpa *in vigilando*, pois houve os devidos cuidados do órgão, também não haveria de se falar na culpa *in elegendo* caso fosse a primeira vez que a banca examinadora contratada falhasse na sua tarefa frente ao ente contratante, em razão de não haver atos anteriores imputados a banca que fossem reiteradamente cometidos por esta e que fossem de notório conhecimento por terceiros.

No caso hipotético, nos termos do artigo transcrito, só haveria responsabilidade da banca examinadora pelo fato de ser única que não cumpriu os procedimentos previstos no edital. Também não de se falar em redução de eventual *quantum* indenizatório fixado em sentença pelo fato de ter havido fiscalização do ente, pois uma vez que conforme explanado, o contrato do ente público com a organizadora do concurso público é um contrato administrativo de prestação de serviços, há um dever de dupla cautela, ou seja, o dever é tanto do ente público que contratou como da pessoa jurídica contratada como forma de precaver de vícios incidentes sobre seus próprio atos, e evitar a ocorrência de dano contra os candidatos.

Porém, o cerne da questão, envolve a responsabilidade do Estado, pois na maioria dos casos este não age com a devida cautela, devendo ser responsabilizado de maneira subsidiária diante o inadimplemento da banca em arcar com as parcelas indenizatórias proferidas nas sentenças, diante da sua culpa *in elegendo* e *in vigilando*. Tal sistemática de responsabilizar o Estado de maneira subsidiária, é utilizado em outros contratos do Direito Administrativo e até mesmo outros ramos do Direito como é na seara trabalhista como veremos adiante.

Portanto, visto quais são as irregularidades e até mesmo as ilegalidades, e o posicionamento do porque o dever de indenizar e de que quem deve tal reparação, analisaremos os mecanismos processuais adequados, tais como a via processual adequadamente aplicada nos casos em questão e quais são utilizados de praxe em outros institutos do Direito Administrativo, como é o das concessionárias de serviço e em outros ramos do Direito, como é o do trabalho no que tange a terceirização de serviços, e como tais mecanismos processuais podem ser aplicados nos casos de irregularidades cometidas em concursos públicos.

3.2 Analogia das formas de responsabilidade incidentes em outros institutos

Sabemos que em regra, no que tange a responsabilidade do Estado, foi adotada a teoria do risco administrativo, o qual não é necessário demonstrar elementos de dolo ou culpa, sendo objetiva a maneira de responder da Administração Pública perante os danos causados aos particulares. A principal distinção de tal teoria com a do risco integral é a de que aquela admite excludentes e esta não. Entende-se que caso um fato ocorrido na organização de um concurso público por culpa da banca examinadora causar prejuízos a um candidato, aquela poderá ser demandada judicialmente independente da sua culpa, pois a responsabilidade é objetiva, devendo demonstrar o candidato na inicial qual conduta ocasionou o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Porém, saber como o ente público responde nos casos de irregularidades em concursos públicos, diante o inadimplemento da banca em pagar o valor da indenização, exige o estudo de institutos afins do Direito Administrativo, como o das concessionárias de serviço público e de outras searas como o Direito Trabalhista, no que se refere aos contratos de terceirização.

A concessão de serviço público de acordo com Matheus Carvalho implica na

“transferência da titularidade do serviço do serviço, haja vista a impossibilidade de outorga de atividades públicas a particulares. Em verdade a concessão enseja somente a delegação da atividade, ou seja, a descentralização por colaboração, na qual o ente delegado terá somente o poder de executar o serviço, sem obter sua titularidade.

É importante salientar que, nos contratos de concessão de serviço público, a empresa concessionária será remunerada pelas tarifas que cobrará dos usuários, não lhe sendo devida qualquer contraprestação pelo ente estatal. De fato, a entidade deverá explorar o serviço concedido de forma a obter sua remuneração, diferentemente dos contratos comuns de prestação de serviços, em que poder público paga pelo serviço contratado.” (CARVALHO, 2017, p. 649)

No regime contratual das concessionárias há verdadeira transferência da execução do serviço, o que difere do regime de contratação das bancas examinadoras uma vez que embora haja um contrato de prestação de serviços que prevê a execução do concurso em relação a organização de suas fases que as vezes vão desde a aplicação da prova teórica até uma prova prática, a banca não é remunerada por tarifa paga pelos candidatos e sim pelo ente público que realizou a prova, e ainda o fato das bancas examinadoras mais atuantes no país serem organizações sociais sem fins lucrativos voltadas a atividades acadêmicas reforça o fato de não serem delegatárias remuneradas por tarifa. Embora a banca examinadora, não seja uma concessionária de serviço público, o instituto de responsabilização aplicado a esta seria

perfeitamente possível no caso de danos oriundos da realização de concursos, pois de acordo com Gustavo Scatolino e João Trindade

“quando a prestadora de serviço público causa danos a terceiros, a responsabilidade será da prestadora. Porém, caberá a responsabilidade subsidiária do Estado, caso o delegatário de serviço público não tenha condições de reparar o prejuízo causado ao usuário do serviço prestado.” (SCATOLINO; TRINDADE, 2017, p. 875)

Já no regime trabalhista há situação análoga, no que se refere a tal responsabilidade subsidiária, pois a mesma é aplicada nos contratos de prestação de serviços concernentes a terceirização de serviços, matéria que passou de entendimento sumulado no Tribunal Superior do Trabalho à regulamentação legal da matéria pela Lei nº 13.429 de 2017 que acrescentou a Lei nº 6.019 de 1974 o seguinte:

“Art., 5º-A. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.” (BRASIL, 2017)

Em relação ao tema da terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho consubstanciou entendimento na Súmula 331 que assim dispõe:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”
(BRASIL, 2011)

A análise de tal súmula é de suma importância, para compreensão da modalidade de responsabilidade que em tese seria empregada no caso de reconhecimento da responsabilidade do ente estatal contratante, no caso de condenação objetiva da instituição organizadora do certame. Ao tratar da responsabilidade no âmbito da terceirização de serviços, compreende-se o estudo de três atores fundamentais que são o tomador de serviços, a empresa interposta e o grupo de empregados terceirizados, que são respectivamente a empresa contratante, podendo ser uma pessoa jurídica de direito privado ou a Administração Pública, a empresa responsável pela prestação do serviço de maneira terceirizada e os empregados contratados por esta.

Dessa forma podemos de forma analógica, comparar em tese que os atores no caso da responsabilidade oriunda de danos em concursos seriam a Administração Pública como tomadora dos serviços, a banca examinadora contratada para organização do certame como empresa interposta e os funcionários da banca como os empregados terceirizados.

Discorrendo sobre o tema presente na súmula, Henrique Correia diz o seguinte:

“Deve-se ressaltar que, se a empresa intermediadora não pagar aos trabalhadores terceirizados, a Administração contratante não responde, em regra, pelo pagamento dos encargos trabalhistas, ou seja, a Administração não será a responsável subsidiária. Em decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, foi reconhecida a constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações. Os fundamentos dos defensores da tese de que o Estado não tem responsabilidade trabalhista consiste em: a) o processo licitatório afasta a culpa do Estado; b) a responsabilidade subsidiária representaria um duplo pagamento pelos encargos trabalhistas, uma vez que o Poder Público já havia pago pelos serviços prestados; c) a Administração segue o princípio da legalidade, respeita o art. 71 da Lei de Licitações.

Assim, a Administração somente será responsável se comprovada culpa, isto é, se não fiscalizar o contrato de prestação de serviços.” (CORREIA, 2018, p. 368)

Ainda, acerca de tal responsabilidade decorrente da súmula aduz o autor:

“Para que a tomadora de serviços seja obrigada a pagar os débitos remanescentes, é necessário, de acordo com o TST, que tenha tido oportunidade de manifestar-se no processo judicial, como forma de garantir o contraditório e a ampla defesa. Além disso, responderá por todas as verbas devidas ao empregado, ou seja, a sua responsabilidade é total (verbas salariais e indenizatórias).” (CORREIA, 2018, p. 352)

Logo, é possível visualizar através da sistemática da responsabilidade aplicada na terceirização trabalhista, um mecanismo que seria plenamente cabível nos casos em que há falhas causadoras de danos decorrentes da má fiscalização estatal.

Imaginemos a situação em que uma banca examinadora é responsabilizada de maneira direta em demanda judicial e é condenada no valor indenizatório X, caso descumpra o pagamento desse valor por qualquer motivo o Estado deverá se responsabilizar de maneira subsidiária da mesma maneira que ocorre nos casos de inadimplemento das concessionárias de serviço público e das empresas prestadoras de serviço terceirizado, isso se o Estado incorrer nas modalidades de culpa já explanadas.

Entende-se, também, que caso determinada conduta ou acontecimento enseje a anulação do concurso devido sua gravidade, a culpa da Administração Pública não haveria de ser comprovada pelo candidato lesado em ação de indenização, devendo ser presumida, isto é, o ente público teria o ônus da prova de demonstrar que agiu com as devidas cautelas. Assim de acordo com Gonçalves:

“A concepção clássica é a de que a vítima tem de provar a culpado agente para obter a reparação. Essa solução passou por diversos estágios evolutivos, em virtude da necessidade de melhor se ampararem os lesados, facilitando-lhes a tarefa, muitas vezes inglória, de busca da justa indenização. Um dos processos utilizados foi o estabelecimento de casos de **presunção de culpa**.

Têm-se observado, com efeito, várias situações em que a lei, com o escopo de facilitar a prova da culpa e do ato ilícito, estabelece presunções *juris tantum*. Nesses casos ocorre a inversão do ônus da prova, melhorando muito a situação da vítima. Esta não terá de provar a culpa psicológica, subjetiva, do agente, que é presumida. Basta a prova da relação de causa e efeito entre o ato por este praticado e o dano por este experimentado. Para livrar-se da presunção de culpa, o causador da lesão patrimonial ou moral é que terá de produzir prova de inexistência de culpa ou de caso fortuito.” (GONÇALVES 2016, p. 188, grifo nosso)

Se a presunção de culpa nos casos em que se ocorre a anulação de concurso, se demonstra plausível pelo fato de que se chegou a tal invalidação do certame é porque o grau de zelo por parte do ente público contratante não foi suficiente a ponto de não ser prevenir tal ato. Optar por tal presunção, também não significa dizer que em todos os casos que haver condenação da instituição contratada esse se responsabilizará, tornando este segurador universal, sendo tal presunção cabível somente quando se chega a casos extremos de anulação do certame por vícios inerentes a ilegalidade do procedimento, que muitas das vezes se dão por ocorrência de fatos descumpridores da lei como é o caso do certame viciado por fraude, não havendo presunção de culpa nos demais casos, os quais o candidato lesado deverá demonstrar que a Administração Pública incorreu nas modalidades de culpa decorrentes da

sua omissão, e mesmo onde entende-se haver presunção admite-se prova em contrário em razão do seu caráter relativo.

No que dispõe o seguinte julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul sobre a subsidiariedade da responsabilidade estatal em caso envolvendo a anulação de concurso:

“RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DO CERTAME. INDÍCIOS DE FRAUDE. NÃO COMPROVAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DA EMPRESA QUE REALIZOU O CONCURSO COM O ENTE PÚBLICO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. O AUTOR DISSE QUE REALIZOU CONCURSO PÚBLICO PARA DEFENSOR PÚBLICO NO ESTADO DO AMAZONAS. OCORRE QUE O CERTAME RESTOU ANULADO, SEGUNDO O AUTOR, POR FRAUDE ATRIBUÍVEL À RÉ. COMO BEM DEPREENDEU A SENTENÇA, NÃO HÁ COMPROVAÇÃO DA FRAUDE E DE SUA AUTORIA. NÃO SE TRATA DE RELAÇÃO DE CONSUMO, MAS DE VERDADEIRO CONTRATO ADMINISTRATIVO ENTRE O ESTADO E A RÉ. ASSIM, NOS TERMOS DA LEI Nº 8.666/93, SÓ RESPONDERIA A RÉ PERANTE O AUTOR, TERCEIRO, SE DEMONSTRADA CULPA OU DOLO, O QUE NÃO SE DEU NO CASO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO.” (BRASIL, 2014)

A despeito de entender não ter havido indícios de fraude, o ponto de interesse no julgado acima é fato da decisão ter entendido que em tese a banca contratada só responderia se houvesse demonstrada seu dolo ou culpa, o que não garante razão, pois como já posicionado, a prestação do serviço executado pela banca atende um interesse primário de maneira indireta, uma vez que o serviço é primordial para a coletividade, devendo de maneira análoga a organizadora contratada, responder objetivamente da mesma forma que as concessionárias de serviço público respondem perante os usuários.

Atos concernentes a aplicação de provas seja de caráter objetiva, discursiva, oral e física são claramente de responsabilidade da banca examinadora contratada, assim como questões financeiras como é caso da emissão de boletos para pagamento das taxas de inscrição, mas alguns atos são de responsabilidade direta do ente público como é o caso regras contrária a lei previstas no edital do concurso. É verdade, que a elaboração do edital e a sua publicação geralmente são de competência da banca, mas esta só elabora tal instrumento de acordo com os ditames impostos pelo órgão no contrato, como é caso do quantitativo de vagas e de conteúdos previstos.

Elaborado sob o manto da discricionariedade atinente a ação administrativa dos órgãos, os editais podem conter normas que o viciam, de forma que tais vícios sejam irregularidades sanadas por convalidação administrativa ou ilegalidades impugnadas pelas vias adequadas, como é a via judicial. Editais que preveem cláusulas de teor discriminatório, como as chamadas cláusulas de barreira de teor flagrantemente ilegal, e até mesmo

quantitativo de vagas descondizentes com a realidade orçamentária do ente público são questões que já não encontram sob o manto de tutela da instituição contratada, pois emanam da conveniência e oportunidade exarada pelo ente contratante, em suas exigências contratuais.

Logo, pelo fato de não se imputar tal conduta às bancas examinadoras, não há de se falar em responsabilidade subsidiária do Estado, mas sim em responsabilidade total e direta. Abaixo temos uma decisão em que se reconhece dano decorrente da não nomeação de candidato aprovado:

“RECURSO INOMINADO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR ESTADUAL. LOTAÇÃO NO MUNICÍPIO DE NONOAI. PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERDA DE UMA CHANCE. Em contraposição ao entendimento da julgadora a quo, tenho que a prova inequívoca demonstrando a responsabilidade do ente recorrido, devido à não nomeação do autor recorrente, aprovado em concurso público municipal em 1º lugar, circunstância esta decorrente de flagrante omissão que, em tese, é passível de gerar dano moral. E, a toda evidência gerou. Não é crível que a Administração Pública mobilize a máquina pública para a realização de um concurso - notadamente muito oneroso para os cofres públicos - e simplesmente ignore seu resultado, para valer-se de contratação de professor a título precário, ou seja, na condição de professor contratado temporário. **Não se pode admitir que um professor aprovado em 1º lugar em um Concurso Público seja desqualificado, desprezado, ante a inércia e conveniência injustificada, que se traduz em evidente arbitrariedade do Ente Público. Assim, restando certo a afronta a atributo de personalidade do recorrente, bem como o nexo de causalidade entre a omissão do Estado recorrido e as ofensas sofridas pelo recorrente, impõe-se reparar o dano moral que extrapola em muito o mero aborrecimento e o desconforto, mencionados na sentença. A toda evidência, a espera de treze anos até a sua nomeação rompeu com o equilíbrio psicológico do recorrente.** Com a devida vênica da douta Julgadora, no caso em concreto, o autor desincumbiu-se de demonstrar sua irresignação ao longo desses anos, ao buscar na Justiça a nomeação e intentar outros dois processos envolvendo a questão. Basta se colocar no lugar do outro para entender o que significa esperar mais de uma década para ser nomeado em um concurso em que logrou aprovação, enquanto sua vaga está sendo terceirizada, preenchida por professor contratado que sequer logrou aprovação em concurso público. Quanto ao arbitramento do dano moral, há que se ter sempre em conta o parâmetro da proporcionalidade, tanto na perspectiva da proibição do excesso como da proibição da insuficiência. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO INOMINADO PROVIDO.” (BRASIL, 2017, grifo nosso)

Nessa decisão o Estado do Rio Grande do Sul, foi condenado em danos morais, em razão da perda de uma chance por não ter nomeado em concurso, candidato a vaga de professor aprovado em primeiro lugar que esperou treze anos para sua nomeação. A perda de uma chance de acordo com Flávio Tartuce:

“A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. A partir dessa ideia essa chance deve ser séria e real.” (TARTUCE, 2017,p.531)

Este é um típico exemplo de dano causado a candidato, não oriundo de falhas da banca examinadora, pois o Estado ao prever em edital vaga para provimento dentro dos quadros funcionais e não nomear servidor aprovado em primeiro lugar, tem como sua a responsabilidade decorrente da não nomeação. Portanto aqui, a demanda de ser ajuizada somente contra o ente público, no caso o Estado do Rio Grande do Sul. A decisão abaixo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região retrata de maneira expressa tal questão:

“ADMINISTRATIVO. FUNDAÇÃO DE APOIO À PESQUISA, ENSINO E ASSISTÊNCIA À ESCOLA DE MEDICINA E CIRURGIA DO RIO DE JANEIRO E AO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO GAFFRÉE E GUINLE, DA UFRJ - FUNRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ANULAÇÃO DA QUESTÃO Nº 29 DO CADERNO 14 DO CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS PARA POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

I. Em relação à preliminar de legitimidade passiva da FUNRIO, tem-se que "a fundação demandada é entidade contratada pela União com a finalidade única de organizar e realizar o concurso público em questão, atuando, portanto, como mero preposto do ente público, este sim responsável pelos termos do edital do certame e pela legalidade deste. Assim, a FUNRIO, por ser mera organizadora e executora do concurso, não dispõe de poderes sobre o edital do certame, o que exclui a sua responsabilidade quanto às normas deste. Por conseguinte, a União é a única legitimada para compor o polo passivo da presente demanda, cabendo a ela responder pelas regras estabelecidas no edital". Preliminar rejeitada. (Precedente: AC534173/RN. Rel. desembargador federal José Maria Lucena. Dje de 10.05.2012)

II. 'No que concerne à questão de nº 29, em que pese a alegação de que a matéria ali abordada não estava prevista no conteúdo programático constante do edital do certame, não se deve perder de vista que o mesmo fundamento pelo qual deve ser rejeitada a hipótese de anulação da questão de nº 22 se aplica ao caso presente, na medida em que, para que se apure a referida irresignação, se faz necessária a análise do conteúdo da questão e do critério adotado pela banca examinadora, sendo desta a incumbência para tal atribuição e não do poder judiciário. Embargos infringentes não providos.'(Precedente: TRF5. Pleno. Embargos infringentes na Apelação 29024/02. Relator desembargador federal Bruno Teixeira (convocado); Revisor desembargador federal Francisco Barros Dias. DJe de 07.07.2014.)

III. Apelação improvida.” (BRASIL, 2014)

Aqui a Corte Federal, entendeu justamente pela ilegitimidade passiva da banca examinadora, por ser a União, entidade pública contratante, a única responsável pelas regras prevista no edital, especificamente em se tratando de conteúdo não previsto no edital devendo ser a única a figurar no polo passivo da demanda. Visualiza-se que aqui a banca FUNRIO, responsável pela organização do certame não elaborou o edital do mesmo, mas somente procedeu a elaboração das provas, não sendo assim de sua responsabilidade a cobrança de questão relativo a tem não previsto no edital.

3.3 Via processual adequada e sua dinâmica

Nas ações em que a parte lesada busca o Poder Judiciário, como forma de reconhecer a responsabilidade da pessoa causadora da conduta danosa e atribuir-lhe a devida condenação, deve ser demonstrada na sua petição inicial o ato danoso e sua relação de causalidade com o resultado desfavorável a vítima, no caso da responsabilidade objetiva prescinde de elementos como culpa e dolo, como é o caso da responsabilidade estatal. Conforme prevê o Código de Processo Civil:

“Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.” (BRASIL, 2015, grifo nosso)

Por analogia aplicando-se as regras de responsabilidade atinentes às concessionárias de serviço público e as empresas terceirizadas, nos casos de danos causados pela banca examinadora ao candidato, utilizando-se do critério de responsabilidade objetiva da primeira, uma vez que as empresas terceirizadas respondem perante terceiros de maneira subjetiva, isto é, demonstrando dolo e culpa. Assim, na petição inicial, em ação indenizatória ajuizada contra a banca examinadora, o candidato lesado deverá demonstrar os danos materiais sofridos e eventualmente os morais. Já no que se refere a responsabilidade subsidiária do Estado, aplicar-se o sistema dos dois institutos, no que se refere a necessidade de ser demonstrar tanto a culpa *in eligendo* como a *in vigilando*. Acerca do dano material, bem assevera Paulo Nader que:

“Integra a noção de dano material tanto os bens que, em decorrência de conduta alheia antijurídica, passaram a desfaltar o patrimônio de alguém quanto os que se deixou de ganhar. No primeiro caso, têm-se os *danos emergentes* e, no segundo, os *lucros cessantes*. Aqueles diminuem o acervo de bens; estes impedem o seu aumento. A *perda de chance*, quando concreta, real, enquadra-se na categoria de *lucros cessantes*, ou seja, danos sofridos pelo que se deixou de ganhar ou pelo que não se evitou perder.” (NADER, 2017, p. 130)

Compõem o dano emergente, em caso de condutas danosas a candidatos em concursos públicos, a taxa de inscrição paga pelo candidato e as despesas com passagem aérea para a data cancelada, sendo estes muito comuns no caso de anulação do concurso e no cancelamento repentino de provas. Já nos lucros cessantes, podemos visualizar o caso do candidato aprovado em primeiro lugar para a rede municipal de ensino e teve sua nomeação retardada em 13 anos. Aqui seria perfeitamente cabível indenização pelo o que ele deixou de auferir por todo esse tempo.

O dano material, como já exposto não necessitaria de comprovação pela parte autora, se fosse *in re ipsa*, ou seja, presumido, e sim pela pessoa causadora do dano, como nos casos de anulação do certame como já posicionado, mas caso não fosse presumido da mesma forma dispensa prova em concreto. Gonçalves diz o seguinte:

“O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e *existe in re ipsa*.

Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante.” (GONÇALVES, 2016, p. 236)

Dessa forma não há necessidade de um candidato lesado, demonstrar seu infortúnio e sua indignação com a anulação de um certame pela ocorrência de fraude por exemplo, devendo haver a incidência de danos morais sem necessidade de produção probatória.

Outra questão pertinente, é a possibilidade de cumulação deste com os danos materiais, tema que é o teor da súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça que prevê o seguinte “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Ao discorrer sobre o tema Nader diz:

“Praticado o ato ilícito, cumpre ao ofensor a plena reparação dos prejuízos impostos à vítima. Durante muito tempo discutia-se a cumulatividade de danos patrimoniais e morais, quando oriundos de um mesmo ato ilícito. Para alguns, uma vez reparados

os prejuízos materiais, não se justificaria a indenização por danos morais. Entretanto, prevaleceu o entendimento de que, embora oriundos de um fato jurídico único, os danos são distintos e, sendo assim, todos devem ser reparados.” (NADER, 2016, p. 130)

Verificado a necessidade dos elementos a serem provados na exordial, é necessário perquirir sobre os polos subjetivos da demanda, isto é, quem deve figurar no polo ativo da demanda ajuizada pelo candidato lesado. Não seria razoável falar em responsabilidade solidária do ente público e da banca examinadora, de maneira que se forme um litisconsórcio passivo, o qual ambas respondem de maneira conjunta pelo dano, e sim na responsabilidade da banca examinadora pelos atos sujeitos ao seu dever jurídico de cuidado, que caso não adimplisse pela indenização a qual foi condenada em sentença, esta seria imputada ao ente público contratante caso incorresse em culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Aqui a dúvida paira sobre o mecanismo de responsabilização, isto é, se ambos, tanto o ente público contratante como pessoa jurídica contratada deveriam ser demandados conjuntamente, na ação de indenização, formando um verdadeiro litisconsórcio necessário, o qual no final em sentença condenatória ambas fossem condenadas, sendo a banca examinadora de maneira principal e o ente público, caso demonstrada as modalidades de culpa, subsidiariamente, tornando a sentença verdadeiro título executivo judicial contra o Estado, caso a banca examinadora não viesse a cumprir com o pagamento da indenização ao candidato lesado, seja por ausência de bens para solver com a obrigação ou por mera voluntariedade.

Também há de se questionar se somente a banca examinadora, devesse figurar no polo passivo da demanda em que se busca a indenização, devendo a responsabilidade do Estado ser discutida em ação própria, de natureza autônoma, o que não parece a via mais adequada, em razão de atentar contra o princípio da economia processual, uma vez que discutir a omissão do Estado em razão da contratação de instituição inidônea e falta ou deficiente fiscalização daquele, em ação ajuizada após a condenação da banca examinadora, prolongaria uma discussão judicial que poderia ser resolvida em uma só ação, o que evitaria a demora na reparação do prejuízo suportado pelo candidato lesado em razão da falha da banca.

Assim, o melhor caminho parece ser, ação de indenização em que se discute tanto a responsabilidade objetiva da banca, como a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do Estado, a qual no final caso o Juízo entendesse pela responsabilidade dos dois sujeitos processuais, haveria a formação de título executivo judicial que poderia ser objeto de eventual

ação de execução contra o ente público contratante, no caso de inadimplemento da banca examinadora contratada, respondendo então de maneira subsidiária.

Nos casos em que a responsabilidade pelas falhas cabe somente ao ente público, como é o caso das cláusulas editalícias, não há maiores questionamentos uma vez que este responde de maneira direta, sendo o único sujeito passivo na ação de indenização.

3.4 Possíveis mecanismos de prevenção

Buscar a reparação pelos prejuízos causados na elaboração do certame pela via judicial, é um meio repressivo do candidato se ver compensado pelo dano sofrido. Embora a Constituição Federal tenha assegurado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, é necessário haver mecanismos de prevenção contra tais condutas danosas. Hoje temos a atuação fiscalizadora dos Tribunais de Contas, que realizam o controle externo dos contratos firmados pelos entes públicos, como é o exemplo dos contratos firmados para realização de um concurso público. Tal meio de controle se demonstra meio de prevenção contra eventuais irregularidades, ocorre que muitas vezes não se mostra eficiente diante a ausência de lacunas legais, que têm o escopo de punir a falta de hígidez e probidade na organização de um certame.

Hoje tramita no Senado uma Proposta de Emenda a Constituição que visa prever uma Lei Geral dos Concursos, como forma de proteção dos candidatos as vagas em certames públicos. Assim conforme a minuta da PEC de nº 75 que hoje tramita no Senado Federal, o art 37 da Constituição Federal passaria a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Os artigos 24 e 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 24. XVII – concursos públicos.” (NR) Art. 37. § 2º-A. É facultada ao Poder Legislativo a iniciativa da lei geral sobre a realização de concursos públicos de que trata o inciso II do caput deste artigo.” (NR) Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.” (BRASIL,2015)

Já a justificação para tal Emenda e a seguinte:

“O instituto do concurso público é uma das maiores conquistas do povo brasileiro. Sem sombra de dúvida, trata-se de um dos mecanismos mais democráticos e republicanos de acesso aos cargos e empregos públicos.

Entretanto, notícias sobre fraudes em concursos constantemente aparecem nos noticiários. E não apenas isso, muitas vezes os princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos são violados, o que gera graves problemas de eficiência e qualidade dos certames.

Dentre esses problemas, podem ser destacados: editais sem a devida publicidade e/ou com prazo de inscrição exíguo; regras editalícias ambíguas; taxas de inscrição exorbitantes; ausência de indicação de bibliografia e não aceitação das opiniões de autores consagrados; mudanças repentinas e sem antecedência razoável de datas e horários de provas; quebra de sigilo das provas ou venda de gabaritos; previsão de títulos que favorecem determinados candidatos; não possibilidade de recursos de provas discursivas e orais; exigência de protocolar pessoalmente os recursos, não sendo possível sua realização pela internet ou pelo correio; locais de prova pouco acessíveis aos candidatos e/ou em péssimas condições; conteúdo das provas não previsto no edital ou sem relação com as atribuições do cargo; questões objetivas com mais de uma ou nenhuma alternativa correta; questões mal redigidas, com consequente ambiguidade de interpretação; despreparo dos fiscais de sala, o que abre margem a diversas fraudes, inclusive comunicação entre candidatos; cobrança de posições doutrinárias minoritárias ou entendimentos judiciais destoantes da jurisprudência dominante; prazo exíguo para recursos; ausência de motivação dos indeferimentos de recursos ou utilização de padrões de resposta; não comunicação, por correio ou e-mail, dos candidatos aprovados quanto à sua nomeação, especialmente quando passado um longo período de tempo da homologação do concurso; omissão do Poder Judiciário em decidir causas que envolvam concursos públicos, sob a alegação de que se trata de mérito administrativo, privativo da banca examinadora, com nítida negativa de prestação jurisdicional ao cidadão.

Apesar dos inúmeros projetos que atualmente tramitam no Congresso Nacional, ainda não foi aprovada uma lei abrangente sobre o tema. É urgente a aprovação de uma lei nacional para os concursos SF/15103.18601-06 3 públicos que estabeleça regras gerais e que não deixe ao alvedrio dos órgãos e bancas examinadoras estabelecer por completo e, na maioria das vezes, arbitrariamente, as regras dos certames públicos.” (BRASIL,2015)

Fica evidente, que o escopo de tal proposta é proteger o candidato pelas notórias condutas danosas, que acontecem dia a dia na realização de concursos públicos, e que embora a responsabilização da banca examinadora como do ente público, sejam necessárias, ter mecanismos prevenção se mostra salutar, como forma de evitar o dano assim desafogar o Judiciário, de numerosas ações indenizatória, uma vez que o âmbito protetivo legal no instituto dos concursos se demonstra eficaz contra tais condutas causadoras de danos.

CONCLUSÃO

Foi possível perceber, através de precedentes exarados pelas mais diversas cortes brasileiras, que recorrentemente irregularidades são cometidas na aplicação de provas em concursos, e que muitas vezes a falta de preparo da instituição contratada para a organização do certame em se precaver contra condutas ilegais, tais como as fraudes perpetradas por grupos que visam burlar o caráter impessoal e isonômico do certame, acarreta em prejuízos tanto de cunho patrimonial como de natureza extrapatrimonial, sobretudo àqueles candidatos que lograram êxito no concurso eivado de fraude, que é posteriormente anulado. Ocorre que muitas vezes nas decisões judiciais, tal dano não é reconhecido, e a responsabilização seja da banca examinadora seja do Estado não é imputada aos entes em tese responsáveis.

Necessário, também, foi tratar da maneira de contratação das organizadoras de concurso público, uma vez que a tão comum modalidade direta, influencia no grau de profissionalização das instituições contratadas, principalmente no que concerne a sua aptidão, para garantir a probidade e a segurança jurídica do concurso público para provimento de cargos na Administração Pública. Assim a contratação direta não se demonstra a mais viável a propiciar a eficiência exigida para a realização de um certame, pois embora seja pautada por hipóteses de dispensa presentes na Lei de Licitações, na realidade fática se demonstra incongruente com o que em tese deveria ser a instituição dotada de reputação ética e conduta ilibada, não atendendo dessa forma critérios objetivos que conduziriam a contratação de uma instituição preparada contra fraudes e erros técnicos na elaboração de provas, o que se demonstra mais viável através de um procedimento licitatório comum, o qual seria assegurado a participação de outras bancas examinadoras, o que levaria a um nível alto de competitividade e garantiria a contratação de entidades mais profissionais.

Demonstrado a existência do dano na realização do certame, e que estes podem ocorrer devido a falha das bancas examinadoras contratadas de maneira errônea pelo Estado em qualquer uma de suas esferas federativas ou entidades administrativas, nos leva a perquirir sobre a responsabilização deste por sua culpa na escolha da banca examinadora, quando contrata de maneira direta sem atender critérios objetivos, e por sua omissão em fiscalizar a atividade desta, uma vez que no caso de inadimplemento da instituição contratada, a entidade contratante deve ser responsabilizada a reparar os danos causados ao candidato lesado.

Logo, o cerne da discussão é saber se o Estado deve ser responsabilizado ou não pela reparação dos danos em concursos públicos, e no caso positivo em quais casos, tal responsabilidade deve ser imputada e qual a modalidade de responsabilização presente no Direito Administrativo, deve se aplicar em tais casos. Portanto, ao se analisar outros institutos próprios do ordenamento jurídico administrativo e até trabalhista, entende-se que nos casos das condutas danosas oriundas de gestão da banca examinadora, o Estado deve ser responsabilizado de maneira subsidiária caso aquela não venha adimplir com a parcela indenizatória fixada judicialmente de acordo com a extensão do dano sofrido, e tal responsabilidade somente deve ser reconhecida caso o ente público contratante, tenha agido com culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, ou as duas cumulativamente, consagrando assim a Responsabilidade Subjetiva do Estado nos casos de omissão, responsabilidade esta que não basta comprovar o ato danoso, o nexo de causalidade, e o resultado danoso, devendo-se provar aspectos subjetivos como o dolo e a culpa

Há ainda a possibilidade do Estado, ser responsabilizado de maneira direta, quando a conduta danosa é oriunda de atos que se submetem somente ao seu crivo, como é caso das cláusulas editalícias, sendo aqui a Responsabilidade Objetiva que é a regra no Direito Administrativo.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017. *Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 15 de janeiro de 2018.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 75 de 2015. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1399432&disposition=inline>>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.
- BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmula nº 331*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 08 de janeiro de 2018.
- BRASIL. TJ-RS - AC: 70057216277 RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 28/11/2013, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do

dia 03/12/2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113574264/apelacao-civel-ac-70057216277-rs>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

BRASIL. TJ-RS - Recurso Cível: 71002484061 RS, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Data de Julgamento: 10/03/2010, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/03/2010. Disponível em: <<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8456874/recurso-civel-71002484061-rs>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

BRASIL. TJ-RS - AC: 70046444733 RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Data de Julgamento: 28/03/2012, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/04/2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21472297/apelacao-civel-ac-70046444733-rs-tjrs>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

BRASIL. TJ-PR - AC: 3332329 PR 033232-9, Relator: Leonel Cunha, Data de Julgamento: 04/07/2006, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7176. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6305170/apelacao-civel-ac-3332329-pr-033232-9>>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

BRASIL. TJ-MG - AC: 10105100025755001 MG, Relator: Versiani Penna, Data de Julgamento: 21/03/2013, Câmaras Cíveis / 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 26/03/2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114802911/apelacao-civel-ac-10105100025755001-mg>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

BRASIL. TRF-4 - AG: 50267138420144040000 5026713-84.2014.404.0000, Relator: Fernando Quadros da Silva. Data de Julgamento: 28/01/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: D.E. 29/01/2015. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164166038/agravo-de-instrumento-ag-50267138420144040000-5026713-8420144040000>>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

BRASIL. TJ-PR - AC: 7169239 PR 0716923-9, Relator: Rogério Ribas, Data de Julgamento: 28/06/2011, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 675. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20100923/apelacao-civel-ac-7169239-pr-0716923-9>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

BRASIL. TJ-DF - AC: 301051520058070001 DF 0030105-15.2005.807.0001, Relator: J.J. Costa Carvalho, Data de Julgamento: 06/09/2006, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 31/10/2006, DJU Pág. 99 Seção 3. Disponível em: <<https://tj->

[df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6835024/apelacao-civel-ac-301051520058070001-df-0030105-1520058070001](https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6835024/apelacao-civel-ac-301051520058070001-df-0030105-1520058070001)>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.

BRASIL. TRF-1 - AC: 200234000401034 DF 2002.34.00.040103-4, Relator: Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos, Data de Julgamento: 02/07/2013, 2ª Turma Suplementar, Data de Publicação: e-DJF1 p.431 de 24/07/2013. Disponível em: <<https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24047477/apelacao-civel-ac-200234000401034-df-20023400040103-4-trf1>>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.

BRASIL. TJ-RN - AC: 20140081704 RN, Relator: Des. Ibanez Monteiro, Data de Julgamento: 21/03/2017, 2ª Câmara Cível. Disponível em: <<https://trf-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/441766728/apelacao-civel-ac-20140081704-rn>>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.

BRASIL. TJ-DF 20160110690438 0025201-12.2016.8.07.0018, Relator Carmelita Brasil, Data de Julgamento: 01/02/2017, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/02/2017. Disponível em: <<https://trf-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425870133/20160110690438-0025201-1220168070018>>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.

BRASIL. TJ-RS - Recurso Cível: 71004494555 RS, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Data de Julgamento: 13/03/2014, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/03/2014. Disponível em: <<https://trf-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114249519/recurso-civel-71004494555-rs>>. Acesso em 15 de Janeiro de 2018.

BRASIL. TJ-RS - Recurso Cível: 71006163307 RS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Data de Julgamento: 29/11/2017, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/12/2017. Disponível em: <<https://trf-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/530134791/recurso-civel-71006163307-rs>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2018.

BRASIL. TRF-5 - AC: 00003633220124058102 AL, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, Data de Julgamento: 30/09/2014, Quarta Turma, Data de Publicação: 09/10/2014. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178205250/apelacao-civel-ac-3633220124058102-al>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2018

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CORREIA, Henrique. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Especial*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GASPARIN, Gabriel; CAVALLINI, Marta. Dispensa de licitação em concursos deve ser exceção, dizem especialistas. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/10/dispensa-de-licitacao-em-concursos-deve-ser-excecao-dizem-especialistas.html>>. Acesso em 08 de novembro de 2017.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- MADER, Helena. TCDF determina anulação do concurso da Câmara Legislativa. Correio Braziliense. Disponível em: <<http://blogs.correiobraziliense.com.br/cbpoder/tcdf-determina-anulacao-do-concurso-da-camara/>>. Acesso em 27 de novembro de 2017.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, volume 7: Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PF detecta fraude em 42 concursos para 64 cargos públicos. VEJA. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/pf-detecta-fraude-em-42-concursos-para-64-cargos-publicos/>>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.
- SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 2. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TÚLIO, Sílvio; BORGES, Fernanda. Ex-funcionário do Cespe é filmado fraudando concurso para delegado em Goiás, diz polícia. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/goias/noticia/alvo-de-acao-contrafraudes-no-enem-e-filmado-fraudando-concurso-para-delegado-em-goias-diz-policia.ghtml>>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.